

1. INTRODUÇÃO

De todos os grandes temas do direito administrativo brasileiro, a discricionariedade administrativa é daqueles que suscitam diversas possibilidades ao debate. Não se trata de tema novo ou inédito, contudo, suas diferentes abordagens sempre permitem um novo esforço de contribuição ao aperfeiçoamento da tecnologia jurídica. Esta parece ser a grande qualidade dos temas clássicos do direito: a possibilidade de ser sempre revisitado, sem deixar de ser fascinante e inspirador.

O estudo da discricionariedade também tem como característica marcante, permitir uma convergência entre duas importantes dimensões do fenômeno social: o fenômeno jurídico e o fenômeno político. Isso porque a discricionariedade administrativa evidencia manifestações de um poder instituído nas relações entre o Estado e o Cidadão, permeando sempre um questionamento sobre seus limites e possibilidades. Por isso, para nós, o tema se mostra sempre muito interessante.

Certamente não é uma atribuição exclusiva deste tema a sua convergência entre o fenômeno político e jurídico, pois, diversos outros temas do direito administrativo também promovem esta conexão. Contudo, o debate sobre a discricionariedade sempre parece expor, de forma direta esta relação e, principalmente, como expressão do poder estatal e sua necessária existência, que se mostram como questões abertas a compor uma agenda de discussão da sociedade contemporânea.

A conexão aqui proposta tem como questão empírica, a relação entre o poder normativo das agências reguladoras e os setores econômicos por elas regulados. É comum encontrarmos na literatura jurídica contemporânea sobre o assunto, trabalhos dedicados a refletir sobre os limites normativos de sua atuação, notadamente, quanto à forma de tomada das decisões dessas entidades e seu elevado nível de discricionariedade.

O estado, assim como as demais instituições da vida social, passam por grandes transformações nos últimos cinquenta anos e parte destas transformações está intimamente ligada a crise do modelo de estado de direito e da positividade a ele inerente. Diante da complexidade da vida social e a frustração de expectativas

depositadas na atuação estatal também são o resultado pontual de uma crise da razão instrumental, caracterizada pela insuficiência dos critérios de pura lógica formal, para explicação de fenômenos da vida humana.

A vida humana é marcada por contingências e incertezas quanto ao seu futuro, de modo que a completa compreensão da realidade contemporânea somente pode existir como expectativa. Essa percepção marca a existência humana como uma angústia¹ diante das contingências desconhecidas e imprevisíveis da vida humana e tudo isso parece estar contribuindo para necessidade de renovação, rápida e atualizadora, das tecnologias sociais que possam se mostrar capazes de conferir maior eficiência e respostas diante da natureza dos fenômenos sociais, econômicos, culturais, políticos e sua complexidade.

Esta acelerada transformação do processo histórico e o modo como tais relações sociais se estabelecem foi captada por **Zigmunt Baumann**² que a denominou de *modernidade líquida*. Estas mudanças possuem reflexo direto no modo como o direito, entendido como tecnologia voltada para decidibilidade de conflitos,³ atua numa sociedade em contínua mudança.

Oferecer segurança e eficiência para um sistema social marcado pela contingência – imprevisibilidade – e pela rapidez de suas mudanças com novas necessidades, requer um grande esforço analítico para encontrar soluções que não se apresentam de forma fácil ou mesmo duradouras, pois há, sobretudo nas soluções que exigem alguma tecnologia, a necessidade de acompanhar as rápidas exigências e transformações da sociedade.

Se aplicarmos esta compreensão de mundo ao tema da discricionariedade administrativa é possível perceber que ainda não comum tratar o assunto dentro desta perspectiva contemporânea. Ainda há na literatura jurídica a predominância da ideia de que a discricionariedade é um fenômeno próprio do poder (autoridade)

¹ Cf. Martin Heidegger. **Conferências e escritos filosóficos**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo, Abril Cultural – Os Pensadores, 1979.

² Cf. Zigmunt Baumann. **Modernidade líquida**. São Paulo, Zahar Editor, 2008.

³ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Junior. **Introdução ao estudo do direito: técnica, precisão e dominação**. São Paulo, Atlas, 2007.

estatal, um *poder ou atribuição da administração pública*, que precisa apenas se compatibilizar com as exigências da democracia. Mas parece que esta perspectiva não pode dar conta da complexidade do mundo contemporâneo.

A tradição teórica do pensamento jurídico sobre os temas de direito público no Brasil remontam à história da formação do estado brasileiro, o modelo de estruturação da administração pública no Brasil desde o processo de colonização, formação do império brasileiro e a herança cultural de formação dos bacharéis na república brasileira⁴.

A questão problema estabelecida neste trabalho, contudo, não pretende apenas compreender a discricionariedade como uma das formas de atuação da administração pública. A ideia de que a atuação discricionária representa uma margem de liberdade concedida ao agente público para tomar decisões que não podem estar previamente previstas na lei nos parece insuficiente para dar conta das valorações axiológicas subjacentes a ela e explicitar os meios de controle.

As reflexões deste trabalho pretendem reconhecer que toda valoração jurídica é precedida de condições de possibilidade do sujeito que valora e qualquer decisão discricionária terá um maior grau de legitimidade, na medida em que estiverem explícitos os pressupostos da escolha e os parâmetros de controle existentes para ele de acordo com o conjunto de valores por presentes e relevantes para a questão a ser decidida.

Para que seja possível construir esta proposta é preciso expor, de modo claro, as premissas adotadas no presente trabalho.

Admite-se como premissa básica que sociedade contemporânea enfrenta problemas complexos e que nem sempre é possível ter uma compreensão de sua totalidade. Isso significa admitir que sempre haverá uma margem de indefinição na identificação dos problemas que precisam ser decididos pela administração pública no exercício de suas atribuições. Isso não significa que não seja possível o planejamento e a

⁴Cf. Maria Silvia Zanella Di Pietro. **500 anos de direito administrativo brasileiro**. In: Revista de Direito Administrativo, Vol. 212, pp, 49-56.

solução das questões postas à decisão, apenas significa que a identificação e solução dos problemas complexos exige um sistema mais definido de atuação.

Em segundo lugar é preciso reconhecer que a segurança jurídica se constitui em um *valor social* relevante, sem o qual não é possível buscar soluções aceitáveis aos problemas complexos que se apresentam na contemporaneidade. Isso certamente constitui um paradoxo para a atuação do direito na contemporaneidade.

Em terceiro lugar é importante reconhecer que a melhor maneira de buscar possíveis soluções aos problemas complexos com segurança e previsibilidade é estabelecer procedimentos que permitam sempre conhecer, da maneira mais transparente possível, as características, dificuldades e alcance das questões fáticas envolvidas, deixar evidente as razões pelas quais a decisão é tomada.

Por fim, não perder de vista uma ideia fundamental de que toda e qualquer valoração dos fatos sociais e o estabelecimento de procedimentos para uma maior justificação da escolha, tem como finalidade maior a realização ou atendimento das expectativas humanas.

Valiosos trabalhos se dedicaram ao tema da discricionariedade sob os mais diversos enfoques e perspectivas. No Brasil, no início dos anos oitenta noventa os trabalhos de **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**⁵, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**⁶, **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁷. Seguidamente os trabalhos de **Rita Tourinho**⁸, **Emerson Garcia**⁹, **Andreas J. Krell**¹⁰, **João Roberto Santos Regnier**¹¹, **Juarez**

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controles da discricionariedade**. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

⁶ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 1991.

⁷ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**, São Paulo, Malheiros, 1992.

⁸ TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa. Ação de improbidade e controle principiológico**. 2ª Ed., Juruá, Curitiba, 2009.

⁹ GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011.

¹⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2011.

¹¹ REGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade administrativa: significação, efeitos e controle**. São Paulo, Malheiros, 1997.

Freitas¹², A. Saady¹³, Luís Manuel Fonseca Pires¹⁴, Luís Henrique U. Cademartori¹⁵, Luís Nunes Pegoraro¹⁶, Sérgio Guerra¹⁷, Marcus Vinícius Figueira Junior¹⁸, emprestaram ao tema suas valiosas contribuições. Na doutrina estrangeira trabalhos os trabalhos de António Francisco de Sousa¹⁹, Juan Carlos Cassange²⁰, contribuíram expressivamente neste trabalho para uma compreensão da evolução da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a teoria da discricionariedade técnica, assim como um posicionamento sobre a situação no pensamento europeu atual.

Todas as obras citadas possuem em comum uma proposta de reflexão sobre os limites da discricionariedade administrativa diante das possibilidades surgidas em novos contextos constitucionais, no Brasil, a partir de 1988 e no restante do mundo após a superação dos regimes totalitários, tendo como questão maior a possibilidade de controle judicial e a vinculação da discricionariedade aos limites da legalidade. Crescia no Brasil, mas também em outras partes do mundo um importante movimento de reflexão e difusão da teoria dos limites do ato administrativo, da noção de *função administrativa*, do *dever da administração pública* atuar de forma adstrita à lei.

Assim o tema da discricionariedade administrativa assumiu, sob uma perspectiva prática, um espaço relevante para as novas interpretações possíveis que surgiam com a densificação dos princípios jurídicos no texto positivo e sua aplicação à tecnologia jurídica. Os estudos sobre a discricionariedade proporcionaram reflexões

¹² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo, Malheiros, 2007.

¹³ SAADY, A. **discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato. Limites e técnicas de controle**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009.

¹⁴ PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. São Paulo, Campus, 2012.

¹⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª ed. Juruá, Curitiba, 2012.

¹⁶ PEGORARO, Luís Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Ed. Servanda, Campinas, 2011.

¹⁷ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2008.

¹⁸ FIGUEIRA JUNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2007.

¹⁹ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra, Almedina, 1994.

²⁰ CASSANGE, Juan Carlos. **El principio de legalidade y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Madri, Marcal Pons, 2009.

diversas, notadamente, quanto ao reconhecimento da dificuldade de estabelecer um tratamento isonômico aos administrados. O tratamento nem sempre isonômico e imparcial da administração em relação aos administrados nas diversas situações, carecem de parâmetros razoáveis que sejam capazes de definir as escolhas feitas pela administração pública e a escolha dos critérios de discriminação²¹.

O trabalho está organizado da seguinte maneira: no primeiro capítulo procuramos apresentar uma (das muitas existentes) forma de compreensão do papel da administração pública na contemporaneidade, reconhecendo os desafios que precisam ser enfrentados. Integramos ao texto ferramentas analíticas, propostas pela teoria dos sistemas para a compreensão da contingência, da complexidade e do risco, que envolvem as escolhas administrativas. Essa análise tem como premissa um determinado paradigma de estado e democracia. A nova ordem constitucional brasileira e os novos fundamentos de atuação da administração pública proporcionaram uma reflexão sobre os pressupostos da discricionariedade administrativa e sua função no sistema jurídico, representando assim, novos desafios da administração pública na contemporaneidade.

O segundo capítulo da dissertação se propõe a uma revisão da literatura que consolidou o estado da técnica num determinado contexto histórico e que em nossa análise parece não oferecer mais soluções apropriadas às incertezas e consequências das decisões administrativas. Procuramos nesse capítulo apresentar os fundamentos teóricos da discricionariedade administrativa no Brasil, sua evolução teórica na dogmática jurídica nacional.

²¹ A explicação destas diferenças poderiam resultar desde a ideia defendida por Sergio Buarque de Holanda sobre os atributos de cordialidade da cultura brasileira presente no processo histórico de formação da identidade nacional com a figura do homem cordial, homem cujas preferências, decisões e manifestações são pautadas em relações de afeto e laços de aproximação subjetiva até explicações mais sofisticadas como a ideia de que a sociedade possui contradições indissolúveis que não podem ser resolvidas no plano decisório da administração.

Contudo, as mudanças ocorridas na estrutura da sociedade contemporânea parecem não mais aceitar explicações baseadas na definição de relações de cordialidade, ou mesmo que no espaço público determinados grupos ou indivíduos sejam privilegiados por decisões ou critérios de decisão, que deixem ao exclusivo critério de subjetividade do agente responsável pela tomada de decisão. É possível constatar isso quando se observa o elevado grau de desobediência às leis, atos da administração e decisões judiciais, cada vez mais frequentes, no cenário político e jurídico nacional.

Em razão dos limites da proposta e para evitar a dispersão do foco analítico, partimos das doutrinas dos conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade técnica e da discricionariedade como dever de proporcionalidade, para demonstrar que os últimos avanços teóricos sobre ainda não nos parece capaz de dar conta da complexidade compreensiva das questões que envolvem as escolhas administrativas.

No terceiro capítulo procuramos apresentar a teoria dos sistemas e seus marcos fundamentais, naquilo que pode ser relacionado à discricionariedade administrativa, ou seja, a questão da decisão e da organização da administração em uma sociedade complexa. A teoria dos sistemas é apresentada em sua relação com o direito em um breve panorama sobre a teoria e suas consequências analíticas. O direito é visto como tecnologia formal voltada para a decidibilidade de conflitos e a discricionariedade administrativa contemporânea pode ser visto como uma questão de decidibilidade em parâmetros democráticos. Neste capítulo, pretendemos apresentar a teoria dos sistemas e sua proposta como uma possibilidade descritiva.

O quarto capítulo representa uma proposta de análise para além da teoria dos sistemas. O enfoque fenomenológico foi escolhido como condição de possibilidade para ir além de uma análise descritiva e a busca de certa ontologia possível. Para isso, reconhecemos que a segurança jurídica constitui um valor integrante da noção de justiça e sua função ontológica é assegurar a confiança nas expectativas normativas. Essa compreensão certamente pressupõe uma reconstrução da noção de objetividade no mundo contemporâneo diante de suas características de incerteza e liquidez. Uma noção de objetividade que correspondente ao mundo contemporâneo pressupõe o reconhecimento da existência de paradoxos que podem se estabelecer entre a realização da democracia e sua relação com a decisão administrativa. Reconhecemos que a realidade pode ser doadora de alguma objetividade e que a comunicação é o meio de acesso dos valores ao sistema jurídico. A contribuição da fenomenologia para uma melhor compreensão da realidade contemporânea foi buscada a partir da reflexão sobre os pensamentos de Edmund Husserl, Martin Heidegger e Carlos Cossio.

O quinto capítulo foi dedicado a uma síntese do pensamento para apresentar a discricionariedade administrativa com amparo analítico descritivo da teoria dos sistemas em busca de uma nova forma de legitimação possível dos atos discricionários da administração pública. Neste capítulo são apresentadas algumas hipóteses explicativas para a crise de legitimidade da discricionariedade na contemporaneidade e como a teoria dos sistemas pode contribuir para situações que autorizam uma pluralidade de interpretações. Neste capítulo procuramos apresentar um olhar fenomenológico sobre os critérios da decisão administrativa e finalizar com a relação entre a fenomenologia e a discricionariedade administrativa.

Na medida em que a sociedade contemporânea se desenvolve e seus problemas se tornam mais complexos, paradoxalmente, suas expectativas se tornam mais exigentes principalmente para que a atuação estatal tenha padrões de objetividade mais transparentes nas relações com os administrados e na definição dos critérios de escolha adotados pela administração. Esses padrões de objetividade podem ser construídos a partir de um novo enfoque proposto pela teoria dos sistemas.

Ao propor uma racionalidade sistêmica na interação entre sociedade e suas instituições é possível identificar um novo olhar sobre velhos problemas; a interação dos subsistemas que compõem o sistema social, o espaço público que exige uma forma mais institucionalizada de tratar as contingências da vida contemporânea. A teoria sistêmica possui uma interpretação funcional, mas também estrutural, pois, parte da função para compreender a estrutura.

Parte-se do reconhecimento que entre sistema (sociedade) e subsistemas que o integram existe uma interação constante que permite maior troca de experiências e conhecimentos. Isso exige que o sistema mantenha uma constante adaptação ao seu meio circundante através de uma abertura cognitiva, ainda que este opere com seus códigos e sua racionalidade intrassistêmica (fechamento operacional).

Os padrões de racionalidade intrassistêmica são definidos para que os subsistemas se tornem mais eficientes e seguros. Como existe sempre o risco de que o sistema tenha dificuldade de estabelecer uma padronização e objetivação de sua racionalidade em razão das contingências, a previsibilidade e a estabilização das

expectativas, se constituem no resultado possível, capaz de oferecer a segurança esperada ao sistema²².

O direito precisa operar com instrumentos cognitivos que estão à disposição no seu ambiente circundante, na economia, na política, na cultura, trazê-los para sua linguagem competente e a partir daí, operar segundo seu padrão de racionalidade interna. Isso a teoria dos sistemas denomina de interação entre um sistema cognitivamente aberto e operacionalmente fechado e o seu meio circundante (ambiente). O sistema jurídico funciona deste modo por uma razão prática: sua impossibilidade de produzir todo o conhecimento de que precisa para a solução dos conflitos da vida humana e ao mesmo tempo operar segundo um padrão de racionalidade cuja complexidade seja controlável ou conhecida. O espaço de decisão da administração pública, sobretudo na sua atuação discricionária, é onde se exerce a abertura cognitiva para posteriormente, através de seu fechamento operativo, tomar as decisões. Eis o ponto fundamental deste trabalho.

Até o momento poucos trabalhos propuseram uma leitura da atuação discricionária da administração sob o enfoque que permitisse uma explicação conceitual do fenômeno decisório da administração pública quando suas possibilidades de escolha não estão pré-determinadas pela lei. Apesar de existir um senso comum de que nenhum ato discricionário no estado de direito está totalmente desvinculados de critérios, até porque o fim último está determinado pela lei, isso não é suficiente para explicar em que medida tal finalidade última da lei está sendo violada, principalmente quando essa finalidade vinculativa da lei não for muito explícita ou permita interpretações excessivamente elásticas. Existem situações concretas onde a possibilidade de aferição desse limite é pouco perceptível, podendo disfarçar o arbítrio de quem decide ao pretexto de que a lei não tenha sido clara acerca dos limites de sentido. E essa nos parece ser a grande questão²³.

²² Em linguagem jurídica se pode dizer que o direito opera como uma tecnologia voltada para a decidibilidade de conflitos trabalha com seus conceitos e categorias próprias em um sistema centrado na interação do direito positivo com o sistema de precedentes; isso requer do ordenamento a capacidade de oferecer respostas aos diversos problemas da vida social que apesar de não estarem apresentados sistematicamente da forma mais satisfatória possível para proporcionar a conformação ou aceitação esperada.

²³ Uma objeção pode ser feita de imediato ao desenvolvimento da ideia: uma avaliação segura dos limites da interpretação dos fatos só é possível diante do caso concreto, já que pressupostos axiológicos sempre podem fazer com que as situações se mostrem diferentes. Esta objeção está

O direito não é uma ciência da natureza que pode ser reproduzida em laboratório, mas o objeto da reflexão aqui proposta pode contribuir para a redução da complexidade do sistema de modo que ele se torne operacional e seguro. Há limites máximos e mínimos de tolerância para as incorreções do sistema. Na discricionariedade, seria dizer, há limites de sentido para a tomada de decisões discricionárias.

Não é possível afirmar que a proposta apresentada terá o condão de evitar a prática de atos arbitrários, mas a perspectiva permite identificá-los de modo a permitir que as sanções já previstas no sistema sejam capazes de normalizar o desvio. O que permite o sucesso de um programa como esse proposto não é a sua infalibilidade, mas a possibilidade de reconhecer que o descumprimento implica em um resultado previsto no sistema. Esta parece ser a maior contribuição que a análise sistêmica da discricionariedade pode oferecer.

Contudo, a proposta pretende também utilizar a contribuição da fenomenologia para ir além dos limites da teoria dos sistemas. Uma análise sistêmica pode contribuir para uma observação de diagnóstico do quadro, mas a teoria não é propositiva. Não foi o propósito de Luhmann construir uma teoria que apresentasse soluções aos problemas da discricionariedade ou mesmo da sociedade contemporânea. Como afirmado pelo próprio Luhmann afirmou, seu propósito sempre foi construir uma teoria da sociedade. Não uma teoria revolucionária ou transformadora, mas sim uma teoria descritiva. Para isso se colocou como um observador e percebeu que a dinâmica de transformação da sociedade não poderia ser facilmente compreendida sem uma teoria que buscasse a redução de sua complexidade²⁴.

Neste trabalho reconhecemos que a segurança e a previsibilidade representam um valor ontologicamente relevante para a constituição do direito na contemporaneidade razão pela qual se faz necessário reconstruir a noção de objetividade a partir da comunicação. A existência do paradoxo entre democracia (participação) e eficiência

parcialmente correta, mas parece que desloca a questão para o casuísmo que não deve ser o objetivo de uma proposta científica.

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 1ª ed., Trad. Javier Torres Narrafate. Rio de Janeiro, Vozes, 2009.

pode ser resolvida no âmbito da decisão administrativa se for reconhecida a necessidade de procedimentalização transparente e que as premissas e pressupostos das escolhas administrativas possam ser postas em discussão.

Importante reconhecer que a realidade fenomênica, ou seja, o mundo da vida, na forma como ela se manifesta, é capaz de doar um sentido relevante, e objetivo, para as escolhas administrativas. Isso deve ser levado em consideração no momento de decidir.

Assim, a comunicação se transforma no vetor de condução dos valores aos procedimentos decisórios uma vez apresentadas através de critérios de transparência, permitem maior controlabilidade das decisões. As decisões põe-se assim como um argumento qualificado suscetível ao teste. Não havendo sua prevalência, pois, sua correspondência com a realidade objetiva não se mostra satisfatória, deve ceder lugar a outro argumento com maior grau de correspondência.

Se esta dinâmica acontece em observância aos procedimentos legitimamente estabelecidos, o resultado final obtido a partir do entendimento de um sentido razoável será a melhor decisão discricionária, mesmo que não resulte de um consenso. Admitir a necessidade de consenso levaria a situações difíceis e indissolúveis cuja decisão não poderia ser tomada ante sua falta, bem como tornaria os processos decisórios complexos e demorados.

No último capítulo, ao tratarmos de uma leitura da discricionariedade através da teoria dos sistemas busca-se apresentar situações concretas em que o modelo teórico atual evidencia sua insuficiência para o adequado enfrentamento dos conflitos sociais. Irritações, segundo Luhmann²⁵, que ocorrem quando um sistema interfere sobre a lógica de outro e impede que o sistema ofereça uma solução coerente e sistematicamente segura, adequada e eficiente.

²⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Idem, pp.

2. UM PANORAMA SOBRE O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONTEMPORANEIDADE.

2.1. As transformações do mundo contemporâneo: contingência, complexidade e risco.

A globalização pode ser entendida como fenômeno de múltiplas influências no mundo contemporâneo. Como resultado da experiência, é um fenômeno multifacetado e tão rico em perspectiva que envolve diversos fatores e condições de possibilidade que vão desde a mudança de modelos de produção até a expansão de mercados, ajustes estruturas de economias mundiais, promoção da democracia e direitos humanos e uma reavaliação do papel do estado e das estruturas da administração pública²⁶.

Num contexto de globalização, a regulação jurídica tenderia a ser mais fragmentária em razão da dispersão dos meios de controle social e em face de uma pragmática mais pluralista. Contudo, essa fragmentação acabaria por tornar o direito em algo muito próximo da política, da economia e da cultura. Sendo assim, em que termos é possível pensar o direito em um contexto de globalização e das implicações dela decorrentes?

Existe uma concepção mais ou menos difusa na sociedade contemporânea, de que a administração pública representa o espaço onde as aspirações das comunidades podem ou devem ser representadas. Essa ideia decorre de uma premissa de que a administração dispõe de meios mais eficientes para agregar maior número de ações e assim realizar o que individualmente as pessoas não poderiam fazer.

A explicação para isso na maioria das teorias é puramente econômica já que os recursos necessários para a transformação da natureza são sempre limitados e escassos de modo que individualmente as pessoas não conseguiriam realizar obras públicas, sistemas de financiamento públicos, atividades de fomento, fiscalização e regulamentação em larga escala, além dos sujeitos não terem à sua disposição o

²⁶ Sobre o impacto da globalização no direito ver André-Jean Arnaud. **O direito entre modernidade e globalização**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999 e CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 153.

uso da força e os recursos econômicos suficientes, sem os quais jamais seriam capazes de satisfazer demandas coletivas.

O interessante nesta ideia é que ela não declina quais são os pressupostos históricos e axiológicos que a fundamentam. Toda a explicação faz sentido se estivermos analisando o contexto de surgimento do estado moderno e sua dimensão histórica como associada ao processo de concentração de poder. Uma aliança entre aristocracia e burguesia comercial²⁷. A formação do estado moderno não foi resultado da união de esforços para a construção do bem comum, da mesma forma que a discricionariedade administrativa não surgiu como forma de adequar as escolhas administrativas ao bem comum. É esse mito que precisamos desconstruir.

O cenário atual é muito mais complexo. Primeiro porque a comunicação jurídica é funcionalmente diferenciada de outras comunicações e a multiplicação das fontes do direito não modifica esta constatação. Como consequência existe a possibilidade de que a comunicação opere de maneira mais abrangente, permitindo ao mesmo tempo que o direito seja objeto da própria comunicação.

Concordamos com Leonel Severo Rocha quando analisa que:

“A sociedade como sistema social é possível graças a “comunicação”. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas. Isto torna possível a evolução social, porém decisiva é neste sentido a “diferenciação”. Nesta linha de ideias a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las. Isto gera um paradoxo na comunicação. A sociedade contemporânea é constituída por uma estrutura paradoxal, na qual amplia-se a justiça e a injustiça, o direito e o não-direito, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação. Em outras palavras, nunca a sociedade foi tão estável e nunca a sociedade foi tão instável, pois a lógica binária não tem mais sentido na paradoxalidade comunicativa. Por exemplo, há mais pobreza porque há mais riqueza²⁸.”

Desta forma, o Estado se apresenta como organização do sistema da política, sendo as diferentes formas de Estado equivalentes a distintas formas de organização. A democracia é uma forma de estrutura decisional na qual vem tematizado o risco nas

²⁷ ANDERSON, Perry. **Linhagens do estado absolutista**. São Paulo, Brasiliense, 1989.

²⁸ ROCHA, Leonel Severo. **Direito, complexidade e risco**. In: Revista Sequência, nº 28, Junho/2004, Florianópolis, 1994.

decisões a respeito do consenso²⁹. Isto significa de um lado, que a democracia é uma estrutura de decisão do subsistema da política altamente precária; e de outro lado, que é uma estrutura que permite altas possibilidades de escolha. É uma estrutura evolutiva, pois, quanto maior a possibilidade de escolha, mais alto é o risco, sendo maiores as possibilidades de evolução. A delimitação das possibilidades que possui a democracia deriva das formas de acoplamento estrutural entre os sistemas. Os sistemas isolados tem maior possibilidade de escolha porque frente as ameaças do ambiente reagem sempre com operações internas ao sistema (o direito através do direito, a economia através da economia). Do mesmo modo, como os sistemas são acoplados estruturalmente, as transformações internas de um sistema dependem do modo como este sistema percebe, elabora, a complexidade social que deriva das transformações nos outros sistemas. Numa sociedade estruturada desta maneira produz-se continuamente dinamicidade autoproduzida³⁰.

Isto significa se afastar os temas tradicionais da democracia, que a reduzem a teorias da participação, distribuição e emancipação, já que com dinâmica, autoproduzida, os sistemas se emancipam por si mesmos. O problema da democracia é a distribuição dos riscos. Não a distribuição de bens.

2.2. A nova ordem constitucional brasileira e os novos fundamentos da discricionariedade administrativa.

A teoria constitucional costuma sustentar o desenvolvimento de uma nova ordem constitucional inaugurada a partir de 1988 em razão da consolidação dos valores democráticos. Isso decorre da positivação no texto formal da constituição de uma série de regras e princípios que propõem uma maior inclusão das pessoas no rol de direitos e garantias asseguradas pelo estado contemporâneo. Isso, certamente decorre de uma ideia de positivismo segundo a qual a via da lei se constitui como expressão superior da razão, sendo o estado a única fonte do poder e do direito capaz de realizar certos anseios³¹.

²⁹ Idem, pp. 09.

³⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Direito, complexidade e risco**. Idem, pp13.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais do novo modelo**. 1ª ed, São Paulo, 2009, pp. 229.

Para esta teoria constitucional moderna a realização da promessa da modernidade pelo direito, ou seja, o triunfo da razão somente seria possível se o direito fosse depurado em sua metodologia das demais ciências humanas deixando ao seu encargo a tarefa interpretativa autêntica das normas jurídicas. Havendo subsunção do fato à norma, pureza científica, emprego da lógica formal e caráter científico, o direito poderia se tornar o espaço adequado à solução dos conflitos sociais³².

O processo histórico desencadeado na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra no Brasil, só iniciou tardiamente após a promulgação da Constituição de 1988. Na cultura jurídica brasileira as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas. Nesta quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.

Como explica Daniel Sarmento,

“As teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos acima referidos, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A idéia de racionalidade jurídica aproxima-se da idéia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.

³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais do novo modelo**. 1ª ed, São Paulo, 2009, pp. 230.

Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral. É certo que aqui reside uma das maiores divergências internas nas fileiras do neoconstitucionalismo.

De um lado, figuram os positivistas, como Luigi Ferrajoli, Luiz Prieto Sanchís, Ricardo Guastini, Suzana Pozzolo, que não aceitam a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, mas reconhecem que pode haver uma ligação contingente entre estas esferas, sempre que as autoridades competentes, dentre as quais se inclui o poder constituinte originário, positivem valores morais, conferindo-lhes força jurídica. Do outro, alinham-se os não-positivistas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e seus seguidores, que afirmam que Moral e Direito têm uma conexão necessária, e aderem à famosa tese de Gustav Radbruch, de que normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente do que digam as fontes autorizadas do ordenamento. Dentre estes autores, há quem insista na idéia de que o Direito possui uma "pretensão de correção", pois de alguma maneira é da sua essência aspirar à realização da justiça. Contudo, na medida em que as constituições contemporâneas entronizam com prodigalidade os valores morais, este debate teórico perde bastante em importância, pois mesmo os neoconstitucionalistas que se afirmam positivistas reconhecem a penetração da Moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais. Trata-se do chamado positivismo inclusivo.

Segundo Luís Roberto Barroso³³,

“A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente.

Nessa história ainda em curso, e sem certeza de final feliz, é fato, quanto à ilegitimidade ancestral, que a elite já não conserva a onipotência e a insensibilidade da antiga plutocracia. Seus poderes foram atenuados por fenômenos políticos importantes, como a organização da sociedade, a liberdade de imprensa, a formação de uma opinião pública mais consciente, o movimento social e, já agora, a alternância do poder.

A legalidade constitucional, a despeito da compulsão com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: quinze anos sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contragolpes. Ao longo desse período, destituiu-se um Presidente, afastaram-se Senadores e chegou ao poder um partido de esquerda, sem que uma voz sequer se manifestasse pelo desrespeito às regras constitucionais. Nessa saudável transformação, não deve passar despercebido o desenvolvimento de uma nova atitude e de uma nova mentalidade nas Forças Armadas.

E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional”.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. IN: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

Antes do advento da Constituição de 1988, a lei possuía uma centralidade maior que a Constituição na interpretação jurídica. No direito público, sobretudo, era comum um decreto e uma portaria terem mais validade que a lei, por exemplo. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante e não tinha o mesmo nível de independência que passou ter posteriormente.

A assembleia constituinte de 1987/1988 quis romper com o modelo vigente e promulgou uma Constituição que contém um amplo, e generoso, elenco de direitos fundamentais em suas diversas dimensões (individuais, políticos, sociais e difusos), conferindo-lhes aplicabilidade imediata (art. 5º, Parágrafo 1º) e protegeu inclusive do próprio poder de reforma (art. 60, Parágrafo 4º, IV).

Além disso, reforçou o papel do Poder Judiciário, consagrando sua inafastabilidade diante dos conflitos sociais (art. 5º, XXXV), criando diversos meios de intervenção. Fortaleceu a independência da instituição e de outras auxiliares como o Ministério Público. Ampliou e consolidou mecanismos de controle da constitucionalidade de leis e atos normativos de modo que permitiu uma democratização formal dos meios de acesso.

Esta sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu certamente o processo de politização do poder judiciário que se manifesta atualmente com a judicialização de políticas públicas. Assim, é quase impossível que alguma questão de relevo nacional possa ser resolvida exclusivamente no domínio do debate político, sem que seja possível recorrer a um órgão do Poder Judiciário, até mesmo a Corte Suprema, para que dê o veredicto final sobre a controvérsia. Isso porque a Constituição de 1988 regulou enorme quantidade de assuntos, positivou em seu texto princípios jurídicos de grande indeterminação **apriorística**, mas dotados de expressiva carga axiológica e capacidade de irradiação no sistema, deixando sempre um amplo espaço de interpretação.

Essas características certamente favoreceram o processo de constitucionalização do Direito, que envolve não só a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados, ou regulados em sede ordinária, como também a releitura de toda a

ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais - a chamada filtragem constitucional do Direito.

Esse pós-positivismo inclui ideais de justiça, igualdade material, direitos fundamentais, relação entre valores, princípios e regras e aspectos da nova hermenêutica³⁴, colocando a Constituição como norma efetivamente superior e imperativa, passando a incluir temas como princípios gerais, argumentação, a importância dos casos difíceis para a aproximação de Direito e Filosofia do Direito³⁵. Essa proposta destaca temas de grande importância como princípios da dignidade da pessoa humana e aplicação da proporcionalidade, razoabilidade como critérios de decisão³⁶.

No plano teórico a mudança de paradigma se expressa a partir de três mudanças que alteraram o conhecimento tradicional do Direito Constitucional: i) o reconhecimento da força normativa da constituição; ii) a expansão da jurisdição constitucional com supremacia da Constituição e sua proteção; e iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, com pluralismo de visões, valores e interesses, papel da norma e intérprete, entre outras mudanças de enfoque.³⁷

Essa mudança de paradigmas no direito constitucional também interfere no modo como a relação entre os cidadãos e a administração pública se desenvolve. O reconhecimento de que a constituição representa uma norma jurídica com força vinculativa, fonte de obrigações formais e materiais, distribuição de competências e equilíbrio na relação entre os poderes, coloca a em relevo as possibilidades de controle desta atuação administrativa, cujas exigências são mais democráticas e participativas.

A imposição de obrigações para a administração pública tais como observância dos valores éticos vigentes na sociedade (princípio da moralidade), o dever de fundamentação de suas decisões, notadamente, quando elas importem em sanção

³⁴ Cf. Luís Roberto Barroso, *idem*, pp. 242.

³⁵ *Idem*, pp. 249.

³⁶ Luís Roberto Barroso. *Idem*, pp. 255.

³⁷ *Idem*, pp.266.

ou prejuízo ao administrado, ampla possibilidade de controle dos atos da administração por parte do poder judiciário, etc., todos estes fatores tornam expressiva a mudança verificada com a constitucionalização do direito e o reconhecimento de uma força normativa ao texto da constituição.

Certamente, como adverte **João Maurício Adeodato**, o observador deve estar preparado para compreender essas mudanças sob seus mais diversos ângulos, não apenas a partir de valores e interesses que são manifestados pelo poder estatal formal, mas também pela apreensão dos fatos que permeiam a realidade e que ocorrem à margem do procedimento neutralizador do Estado³⁸.

Essa mudança de exigências e paradigma impõe também à administração pública o dever de observar seu novo papel não apenas a partir de uma concepção formal e apriorística de discricionariedade, mas uma compreensão material haurida da vida e da experiência real. A discricionariedade, tal como se manifesta pela autoridade perante os administrados. É esta a questão de fundo que se faz premente.

2.3. Os novos desafios da administração pública.

Diante deste prognóstico de mudanças estruturais no sistema jurídico, as doutrinas tradicionais sobre a discricionariedade parecem não ser suficientes para explicar um fenômeno complexo como os parâmetros da discricionariedade contemporânea. Costumam tratá-la ainda como uma questão de manifestação do poder necessária à adequação normativa da lei aos fatos reais. Como uma abertura necessária no sistema normativo para que a interpretação da lei e a decisão sejam adequadas às situações concretas que não poderiam ser previstas previamente pelo legislador.

Concordamos com **Gustavo Zagrebelsky**³⁹, pois, na atualidade, já não se mostra válida a distinção entre a posição dos particulares e da administração frente à lei. A crise na vinculação da administração a lei previamente estabelecida deriva da superação da ideia de que o estado é garantidor do cumprimento das normas

³⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª ed, São Paulo, Atlas, 2006, p. 156.

³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10 ed., Trad. Marina Grascon, Madri, 2011, p. 34-36.

jurídicas e pelo fato de ter assumido funções gerenciais de grandes e complexos interesses públicos.

A realização desta tarefa de gestão requer a existência de grande aparato de organização do estado, e atuam segundo uma lógica e necessidade própria, determinadas por regras de eficiência econômica, exigências objetivas de funcionamento, respeito aos interesses legítimos envolvidos. Esse conjunto de regras é expressão de uma lógica intrínseca da organização administrativa e que, também por isso, se mostra tão refratária a uma legalidade estrita⁴⁰.

Marília Muricy há muito tempo já advertiu que:

“A inauguração do estado gestor não apenas afetou aspectos paradigmáticos pontuais da dogmática jurídica. Seu maior significado foi o de haver inaugurado, no direito, uma nova espécie de racionalidade. Uma racionalidade material que substitui os velhos fantasmas do idealismo jurídico, por padrões de aproximação com a vida real, palco de contradições e conflitos.”⁴¹

Certamente que esta preocupação inicial pode ser justificada pelo modo como historicamente a noção de discricionariedade se desenvolveu e a necessidade de imposição de seus limites. Toda a teoria do controle dos atos discricionários é, em última análise, uma espécie de teoria contra o arbítrio do Estado moderno que na França e seu Tribunal Administrativo representava uma forma de assegurar limites ao poder excessivo dos monarcas.

O princípio da legalidade além de sua dimensão histórica positiva tem também uma dimensão retórica, na medida em que representava um discurso racional contra a excessiva interferência do estado sobre a vida privada dos indivíduos nos primeiros anos da época moderna.

O que escapa a esta ideia da discricionariedade como uma abertura, contudo, é que ela esconde a dimensão do sujeito que decide. Este sujeito que aparece apenas com o rótulo de agente administrativa se dilui dentro de um problema que é

⁴⁰ Idem, p. 35.

⁴¹ MURICY, Marília. **Controle da administração pública: notas de hermenêutica jurídica**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, nº. 20, Jan/Dez, Salvador, 1994, p. 77-86.

considerado como maior pela doutrina do direito administrativo que é a observância da lei.

Em que pese a doutrina do direito administrativo sempre destacar que o poder discricionário não se confunde com arbitrariedade, pois, os limites já estariam contidos na Constituição na Lei, sustentamos que ainda existe no campo decisório um espaço onde, nem a lei nem o texto constitucional, podem realizar qualquer mandamento ou prever comportamentos. É esse campo que nos interessa estudar.

Certamente que a teoria dos sistemas enquanto tecnologia de compreensão da sociedade poderá nos oferecer apenas ferramentas para uma análise estrutural e funcional, não se propondo a uma análise eidética do comportamento humano, podendo apenas ser feita através de uma fenomenologia da existência humana. Neste particular interessa especialmente compreender como o ato decisório discricionário se manifesta e de que maneira o direito poderia oferecer novos parâmetros a essa compreensão. A pretensão de controle é sempre delicada, notadamente porque o direito não pode controlar o que está apenas na subjetividade do sujeito. O que a teoria pode oferecer é meios para melhor compreender esta subjetividade e de que forma seu desvelamento pode contribuir para uma sociedade mais aberta e democrática.

3. A COMPREENSÃO TRADICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: UMA REVISÃO DA LITERATURA.

3.1 – Fundamentos teóricos da discricionariedade administrativa no Brasil.

A discricionariedade, em linguagem comum, está há muito tempo associada ideia de arbitrariedade; decisão tomada sem restrições, sem condicionamentos; de forma caprichosa.⁴² Não é a toa que a experiência tenha associado o conceito de poder discricionário a um poder estatal incondicionado, sem limites e sem reservas.

Segundo **Jean Rivero**⁴³, muitas vezes sucede que a lei impõe ao agente público o dever de decidir num certo sentido, desde que estejam preenchidas certas condições enumeradas pela Lei. Em outros casos, a lei ao criar uma competência deixa ao agente, em quem confia a liberdade de apreciar em face das circunstancia, de que forma e como deve decidir. Esse poder se chama discricionário. Neste sentido, a administração não pode ter sua atividade condicionada sempre a uma previa determinação vinculada da lei, pois, em muitos casos precisa conformar os fatos ao preceito normativo.

Contudo, esse conceito foi objeto e muitas modificações em razão do advento da modernidade e o seu desenvolvimento intimamente ligado à ideia de separação de poderes na formação do estado moderno. O conceito de discricionariedade administrativa foi assim tradicionalmente apresentado como uma faculdade conferida à autoridade administrativa, para que esta pudesse se orientar, livremente, quanto à oportunidade e conveniência de seus atos, ou escolher a mais adequada solução entre as diversas ofertadas pela lei.⁴⁴ Ressalta desta noção sempre uma ideia de livre escolha por parte do agente público competente para a prática de tal ato.

Desde o início do século XX na França, o conceito tem evoluído de uma ideia originária de ato ou poder discricionário com como de *pura administração*,

⁴² Pequeno dicionário da língua portuguesa. 11ª Ed. Editora Cia Editora Nacional, São Paulo, 1972, pp. 416. Verbete: discricionariedade.

⁴³ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Soares, Coimbra, Almedina, 1981, p. 94.

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª Ed, São Paulo, RT, 2003, pp. 194.

insuscetível, portanto, de qualquer apreciação ou controle por outro poder, prevendo apenas contra tal medida o recurso administrativo.

Segundo ANDREAS KRELL⁴⁵,

“No antigo estado de polícia da Europa dos séculos XVI a XVIII, a discricionariedade ainda era considerada genuína expressão da soberania do monarca. Com o advento da Revolução Francesa, iniciou-se uma crescente preocupação com a proteção dos direitos individuais do cidadão, especialmente a sua liberdade e sua propriedade. A partir do início do século XIX, aumentou a produção legislativa dos novos parlamentos criados em vários Estados europeus e americanos. Do poder executivo foi retirada a prerrogativa de editar leis, e a vontade do rei, substituída pela vontade geral do Povo. A partir da pragmática teoria da separação dos poderes, começou-se a impor limites às atividades dos órgãos estatais, especialmente da polícia, tudo em defesa dos direitos dos cidadãos. Surgiu também a distinção entre o governo, como atividade política e discricionária, livre da apreciação judicial e a administração propriamente dita.”

O grande desafio do estado de direito neste momento era conciliar a liberdade decisória do poder executivo com a observância do princípio da legalidade que crescia na aspiração da população, de modo que pudesse ser regulamentada tanto quanto possível, e sem lacunas, pelas leis e controlada plenamente pelos tribunais⁴⁶.

A discricionariedade administrativa começou a ser considerada como elemento estranho às aspirações do estado de direito, pois, ainda representava um resquício da arbitrariedade monárquica num estado regido pelas leis. Como observou **Andreas Krell**, citando Locke,

“Somente após muitos anos de debate político e teórico, a discricionariedade passou a ser aceita como verdadeira necessidade para habilitar a administração pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações da sociedade industrializada. Ficou evidente que perante a dinâmica do mundo moderno de onde sempre vêm surgindo situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da administração, o legislador está impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes. Já no fim do século XVII, John Locke tinha afirmado que “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público.”⁴⁷

⁴⁵ Andreas Krell. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. IN: Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, dez. 2004.

⁴⁶ Andreas Krell. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. IN: Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, dez. 2004.

⁴⁷ Idem.

A história da consolidação da ideia da discricionariedade como fenômeno do estado de direito acompanha o desenvolvimento próprio direito administrativo e suas premissas de consolidação como ramo que se encontram próximos da formação do estado de direito, após a revolução francesa.

Mesmo nesse período, a discussão sobre o alcance do poder discricionário sempre foi uma questão premente. Isso porque, como sustentava o próprio **Jean Rivero**, o poder discricionário não é suscetível de gradação, ou seja, um ato administrativo discricionário não é mais ou menos discricionário. A medida de um poder discricionário para dada ato é inversamente proporcional às exigências relativas a esse ato⁴⁸.

De maneira muito interessante, **Jean Rivero** adverte que a tentativa de controle, ou de redução, do poder discricionário pelo poder judiciário, por exemplo, sempre esbarra em obstáculos crescentes na medida em que a ação administrativa se expande para novas áreas de atuação. Áreas como urbanismo, meio ambiente, economia, a utilização de regras de controle ou constrangimento do poder discricionário podem comprometer a eficácia decisória notadamente diante de situações concretas especiais. Não por acaso, à margem das leis e regulamentos, são expedidos atos normativos por autoridades que apesar de enunciarem regras e princípios gerais hauridos da lei, reservará sempre uma possibilidade de excepcionar e afastar a aplicação de tais regras, em consideração das situações concretas⁴⁹.

A reflexão feita pelo autor francês reforça a premissa de pensamento do nosso trabalho e que foi objeto de uma minuciosa análise no item ... no capítulo..., utilizando como exemplo o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. A agência de regulação em questão tem sistematicamente editado resoluções de através de sua diretoria colegiada que a despeito de ajustarem os objetivos de atuação da agencia aos setores regulados, inovam na criação de obrigações e imposição de sanções que não estão previsto na lei ou no seu regulamento. Equivocadamente o judiciário tem sustentado não haver qualquer

⁴⁸ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Idem, p. 95.

⁴⁹ Idem, p. 97.

ofensa direta ou indireta aos preceitos de legalidade e constitucionalidade do sistema sob o argumento de que tais atos regulamentares estariam previsto dentro do rol de competências discricionárias da agência⁵⁰.

3.2 – O desenvolvimento das teorias sobre discricionariedade administrativa na dogmática jurídica nacional.

Segundo Ruy Cirne Lima⁵¹, a teoria dos atos discricionários da administração pública surgiu a partir do conceito de ato administrativo, que foi pela primeira vez definido por Oto Mayer⁵², como ato de autoridade, emanado da administração, ato que determina, diante do sujeito, aquilo que para ele, deve ser de direito no caso individual. A nota distintiva, segundo ele está na manifestação da autoridade pública que deve ter a competência para praticá-lo.

A concepção de Oto Mayer foi seguida por Walter Jellinek⁵³, acrescida da ponderação de que o conceito não daria conta de explicar os atos em que a administração pública não atuaria com seu poder de império, ou seja, o ato soberano de autoridade.⁵⁴ É da contribuição de Jellinek que os atos administrativos terão a classificação de atos unilaterais e atos bilaterais, como forma de contemplar uma maior numero de atos praticados pela administração em que não se manifestam propriamente um ato de vontade.

A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica da intervenção do estado no domínio econômico (maior controle da economia liberal), cresceram as atribuições administrativas do poder público. Isso significa também aumento na complexidade das demandas sociais por programas de bem estar e regulação; inevitavelmente um número maior de decisões da administração pública, passa a afetar a esfera de direitos subjetivos ou mesmo a expectativa social produzida em

⁵⁰ Jean Rivero adverte que muitas vezes o fato da administração pública elaborar normas jurídicas induz a uma “tentação” de utilizar esta competência para facilitar a sua tarefa de impor obrigações aos particulares. Mais até do que construir um instrumento de limitação do seu poder. In. RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Idem, p. 97.

⁵¹ Ruy Cirne Lima. **Princípios de direito administrativo**. 7ª Ed, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 217.

⁵² Oto Mayer. Apud: Ruy Cirne Lima. **Princípios de direito administrativo**. 7ª Ed, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 217.

⁵³ Apud: Ruy Cirne Lima. Idem, pp. 218.

⁵⁴ Apud: Ruy Cirne Lima. **Princípios de direito administrativo**. Idem, pp. 217.

razão da pretensa segurança jurídica. Com esse aumento significativo de atribuições é natural que a sociedade passe a acreditar que existe uma esfera de decisão e liberdade cada vez maior conferida aos agentes da administração pública.

A partir de definições da literatura jurídica e administrativista, encontramos definições que se tornaram recorrentes no pensamento jurídico nacional como a de Hely Lopes Meirelles para quem o poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos como liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo⁵⁵.

Daí decorrem os dados fundamentais para definir a discricionariedade: a) envolve a possibilidade de opção entre duas ou mais alternativas; b) essas alternativas decorrem da lei; c) por isso, qualquer uma das alternativas que a autoridade escolha é juridicamente válida; d) a escolha se faz diante do caso concreto, com base em critérios de mérito⁵⁶.

Seguidamente, autores como Miguel Seabra Fagundes⁵⁷, Maria Silvia Zanella Di Pietro⁵⁸, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁹, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶⁰,

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

⁵⁶ Idem, pp. 213 et seq.

⁵⁷ Para Seabra Fagundes a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos a competência é livre ou discricionária. SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 75, apud GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 164.

⁵⁸ “a atuação administrativa é discricionária quando a administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito. Para esta autora é difícil, tratar do tema sem levar em consideração e, às vezes, repetir os conceitos e ideias defendidos em sua tese, pois, existe discricionariedade quando a lei deixa à Administração a possibilidade de, no caso, concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito. E essa escolha se faz segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no que se convencionou chamar de mérito do ato administrativo”. MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 2001, pp. Idem. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, Atlas, 2009, pp. 212.

⁵⁹ “a discricionariedade é a margem de liberdade que remanesce ao administrador público para que possa eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução

José dos Santos Carvalho Filho⁶¹, Rita Tourinho⁶², Almiro do Couto e Silva⁶³ e Tércio Sampaio Ferraz Junior⁶⁴, Bartolomé Fiorini⁶⁵ e Afonso Rodrigues Queiró⁶⁶.

A questão fundamental em todos esses conceitos, em que pese suas respectivas originalidades e esforço explicativo, parecem não oferecer soluções concretas às dificuldades que se apresentam à atuação administrativa na contemporaneidade.

A sociedade complexa em que se vive em tempos atuais exige maior grau de explicação aos pressupostos decisórios da administração pública, sob pena de

unívoca para a situação vertente”. Celso Antônio Bandeira de Mello. **Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 48.

⁶⁰ Diogo de Moreira Neto conceitua como uma técnica jurídica que se destina a sincronizar a ação administrativa concreta à ideia de legitimidade contida na lei, o que assemelha, de certo modo, ao instituto da delegação, outorgada pelo legislador ao administrador público, na própria lei para que este possa fazer a necessária integração casuística, na ocasião e no modo mais adequado, para satisfazer a finalidade pública legalmente imposta. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e especial**. 15ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, pp. 107.

⁶¹ José dos Santos Carvalho Filho, com apoio em Rita Tourinho, para quem a discricionariedade administrativa é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem entre várias condutas possíveis aquela que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público, embora constitua prerrogativa da administração sua vocação é a coletividade. IN: José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de direito administrativo**. 24ª Ed., Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011, pp. 46.

⁶² Rita Tourinho. **Discricionariedade administrativa**. 2ª Ed., São Paulo, Juruá, 2009, pp. 127.

⁶³ Para Almiro do Couto e Silva a noção de poder discricionário está ligada ao princípio da legalidade, que é, por sua vez, conatural ao Estado de Direito e um dos seus principais pilares de sustentação, é poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Almiro do Couto e Silva. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, V. 27, nº. 57, 2003, pp. 95-110. ISSN:

⁶⁴ Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao tratar dos conceitos jurídicos indeterminados no direito e sua relação com atos discricionários sustenta que a norma sempre reporta, explicitamente, a necessidade de concreção pelo aplicador, quando, por exemplo, lhe abre margens de discricionariedade: pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos. A concreção dos conteúdos normativos, conceituados, eventualmente, de forma vaga e ambígua não é arbitrária, mas balizada pelo próprio sistema. Por isso o controle do processo decisório encontra seus balizamentos dentro do próprio sistema. In: Tércio Sampaio Ferraz Junior. **Introdução ao estudo do direito: técnica, precisão, dominação**. 4ª ed., São Paulo, Atlas, pp. 318.

⁶⁵ Para Bartolomé Fiorini, o poder discricionário não é um instrumento legal que se concede ao administrador para fazer o que imponha o seu capricho; nem tampouco para criar normas de caráter legislativo; menos ainda para que intervenha ante uma contenda normativa, como acontece com a jurisdição. É, unicamente, uma autorização limitada a um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de atuar da Administração Pública para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade. IN: FIORINI, Bartolomé. **La discricionariedad en la administración pública**. Buenos Aires, 1948.

⁶⁶ Para Afonso Rodrigues Queiró, o poder discricionário não constitui uma faculdade natural ou originária do Poder Público apresentando-se, como uma margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas**. In: Estudos de Direito Administrativo, I, Atlântida, Ed. Coimbra, 1967, pp.15/17.

malferir parâmetros como igualdade e liberdade. À medida que a sociedade convive uma maior experiência democrática no acesso à informação e a prestação de serviços públicos, amplia-se também os níveis de exigência e controle social sobre a prestação de tais serviços, exigindo assim um aperfeiçoamento da administração, sob o aspecto da eficiência e amplitude para que um maior número de serviços seja prestado com grande número de usuários.

Essa tendência, contudo, sofre com a escassez dos recursos disponíveis para atendimento de demandas em massa. Se for certo que a o aumento da prestação de serviços contribui para evidenciar a cidadania e amplia a pauta de reivindicações sociais, é igualmente correto afirmar que um maior número de usuários não será acompanhado pela ampliação dos recursos disponíveis para atendimento de tais demandas.

Esse é um tema que possibilita novos horizontes de discussão, mas que não devemos adentrar em razão dos limites propostos ao trabalho, mas é um desafio a ser enfrentado pela administração pública: o aumento da inclusão na prestação de serviços cada vez mais complexos à sociedade e que exigem um crescimento na oferta de recursos que muitas vezes exigem escolhas (trágicas) que significam em verdade a tomada de decisões diante daquilo que a norma não pode prever. Dito de outro modo, quanto mais exigente se torna uma sociedade, maiores são os desafios da administração para atendimento de tais reivindicações em claudicar dos pressupostos de racionalidade na administração de recursos escassos que são uma realidade da vida existencial.

Contudo, aos conceitos tradicionais apresentados sobre a discricionariedade duas grandes vertentes críticas ganham força na contemporaneidade: a ideia da discricionariedade como dever de proporcionalidade e a ideia da necessidade de uma justificação técnica para que a administração possa fazer escolhas quando a lei previamente não determinar que escolha deve ser tomada. Passemos a uma análise sintética dessas posições.

3.2.1 – A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados.

A evolução da teoria dos conceitos juridicamente indeterminados surgiu no século XIX na Áustria tendo como questão fundamental saber se os conceitos indeterminados, utilizados pelo legislador, ou alguns deles, eram susceptíveis de apreciação e controle pelos tribunais administrativos⁶⁷. O desenvolvimento das ideias estavam associadas ao avanço das duas teorias: a **teoria da multivalência** e a **teoria da univocidade do ato administrativo discricionário**.

Segundo **Marcus Vinícius Filgueiras Junior**⁶⁸, a teoria da multivalência sustenta que na interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados, poderão surgir várias decisões admitidas como corretas pelo direito, ensejando a discricionariedade do administrador. Já a teoria da univocidade, defende a existência de apenas uma resposta correta não ensejando a discricionariedade⁶⁹.

No direito francês, citando Georges Vedel e Pierre Delvolvé, Maria Silvia Zanella di Pietro⁷⁰ sustenta que o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, tem enfrentado o tema dos conceitos indeterminados em relação aos pressupostos de fato fazendo três tipos de controle. Um controle mínimo, que diz respeito à existência dos fatos. Um controle normal, que diz respeito à qualificação jurídica dos fatos, se está correta a qualificação dada aos fatos pela administração, se um fato imputado ao funcionário é uma infração, etc. Nesses casos o Conselho de Estado examina as noções imprecisas com que o legislador designa o motivo do ato administrativo, como imoralidade, interesse público, etc. Quando a decisão administrativa se baseia em dados técnicos ou científicos, como na definição tóxico Conselho de Estado exerce o controle apenas para anular a decisão administrativa, se tiver havido erro manifesto.

⁶⁷ DE SOUSA, António Francisco. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra, Almedina, 1994, p. 34-36.

⁶⁸ FILGUEIRAS JR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2007, p. 45.

⁶⁹ Para uma análise mais detalhada sobre a evolução da teoria ver. António Francisco de Sousa. **Conceitos indeterminados no direito administrativo brasileiro**. Idem, p. 34.

⁷⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**, idem.

No Brasil, a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados foi incorporada como um capítulo do estudo dos atos discricionários em função da necessária elasticidade que algumas normas devem conter sempre que for impossível definir, **a priori**, as situações em que se enquadra a fórmula decisória⁷¹.

Os conceitos tradicionais apresentados não parecem ter escapado da velha doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados e da teoria do desvio de poder e de finalidade, pois, todas permitem uma interpretação sempre extensiva em favor do interesse do intérprete; o que não nos parece que seja o ideal.

Por muito tempo a doutrina do direito administrativo construiu críticas ao conceito de discricionariedade partindo da premissa de controle dos atos discricionários a partir dos princípios jurídicos. Que tais princípios, como mandamentos finalísticos e valorativos permitem ao interprete sempre uma ponderação à luz do caso concreto, o que certamente daria a flexão necessária para que a escolha da administração seja a mais correta e justa possível.

Assim aconteceu com o pensamento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**⁷², para quem a discricionariedade jamais foi um poder, mas sim um ato que sempre tem, em ultima análise, a vinculação da lei. Isso porque nenhum ato da administração, por mais que conceda ao agente público certa margem de flexão para as escolhas que não foram previamente feitas pela lei, estão adstritas ao interesse público, ao regime publicístico do direito administrativo.

Na análise de Celso Antônio Bandeira de Mello, por mais que a administração pública goze de prerrogativas para o desempenho de suas funções está sempre vinculada a uma juridicidade que emana dos princípios constitucionais, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. Sendo assim, é sempre vedado ao agente público agir com lhanza, má fé ou qualquer outro modo que seja social e publicamente contraditório ao que legitimamente se espera de seus agentes.

⁷¹ FILGUEIRAS JR, Marcus Vinícius. Idem, p. 77.

⁷² Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**. 17ª, Ed, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 841/872.

O conceito indeterminado confere assim à administração uma liberdade de opção, todavia, há objeções no sentido de que o emprego do conceito indeterminado, na lei, constitui mero problema de interpretação, cabendo à Administração a escolha da única solução correta. Sendo problema de interpretação, portanto, ao Judiciário seria sempre possível apreciar o ato. E esse foi o entendimento que acabou por prevalecer nos tribunais administrativos alemães e que também firma como prevalente no Brasil.⁷³

Segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro⁷⁴, citando García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a lei refere-se a uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em seu enunciado, mas que podem ser determinados no caso concreto por via de interpretação.

A discricionariedade, portanto, envolveria sempre uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas porque a decisão se funda em critérios extrajurídicos de oportunidade, conveniência, custos, eficiência econômica, etc., que não estão incluídos na lei sendo remetidos ao juízo exclusivo e concreto da administração.

Com base nestas premissas há posicionamentos que sustentam que o controle da administração está nos princípios jurídicos da proporcionalidade, razoabilidade e probidade administrativa. Isso porque no que se referem ao controle dos atos da administração pública, os atos vinculados não seriam o maior objeto de problemas, porquanto, a lei estabelece os contornos de atuação do agente. Difícil é estabelecer um conteúdo preciso para o que vem a serem *conveniência e oportunidade* do ato administrativo: vale dizer, situação delicada é identificar a obediência das regras da administração quando a lei concede uma margem de avaliação ou de decisão para o agente público, para que segundo critérios de conveniência e oportunidade a

⁷³ Idem.

⁷⁴ A aplicação desses conceitos nos casos concretos não admite mais do que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não; o preço é justo ou não é; ou se faltou à probidade ou não faltou. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 09 fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Acesso em: 05 de março de 2011.

decisão possa ser tomada. Nessa linha de autores, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Lucia Valle Figueiredo, Odete Medauar⁷⁵ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶.

Parece que esta linha de pensamento recorrente se aproxima de uma tradição que vê na teoria do desvio de poder/finalidade uma extrapolação da discricionariedade administrativa. O desvio de poder seria, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo calcada no poder de agir do agente possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal⁷⁷.

Caio Tácito que já teceu importantes comentários á matéria sustenta que em casos de desvio de poder/finalidade, é sempre difícil sua aferição, isso porque na opinião o problema está exatamente na necessária razoabilidade do exercício da competência constitucional ou legal que por mais discricionária que seja, tem a finalidade como elemento supostamente vinculador⁷⁸.

Nos últimos anos, é possível observar o delineamento doutrinário de uma linha de pensamento que admite uma discricionariedade judicializável em razão do reconhecimento da eficácia normativa dos princípios jurídicos, os quais a atuação discricionária da administração pública estaria diretamente vinculada⁷⁹.

Esse reconhecimento como reflexo da nova ordem constitucional instaurada a partir de 1988 não diverge do que há muito vem sendo sustentado pelos pioneiros do tema. A questão parece ser ainda a incapacidade de superar a ideia de que todo ato discricionário é um ato de vontade e que diante da complexidade da sociedade contemporânea precisa ser sempre, e cada vez mais, ser justificado dentro de parâmetros que possam ser mais controláveis. Isso é considerado pelo presente trabalho com requisito necessário para que exista um programa da administração

⁷⁵ Cf. Odete Medauar. **Direito administrativo moderno**. 12ªed, São Paulo, RT, 2008, pp103-118.

⁷⁶ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 2001, pp.

⁷⁷ Cf. Caio Tácito. **Desvio de poder no controle dos atos administrativo, legislativos e jurisdicionais**. Revista Trimestral de Direito Público, nº. 04, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 31-39.

⁷⁸ Caio Tácito, idem, pp. 39.

⁷⁹ Gustavo Binembojm. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 205/206.

pública para alcançar a eficiência das relações administrativas e a segurança dos seus atos em uma sociedade altamente complexa e que pretende que o direito ao menos contribua para a estabilização das expectativas sociais.

3.2.2 – A discricionariedade como técnica.

Na sequência evolutiva das teorias sobre a discricionariedade administrativa um dos aspectos que atualmente vem despertando interesse é o tema da discricionariedade técnica, que alguns preferem chamar de discricionariedade imprópria por entenderem que ela não se identifica com a real discricionariedade administrativa, já que não permite a decisão segundo critérios de oportunidade e conveniência.

Como bem ilustra Maria Sylvia Zanella di Pietro⁸⁰, o interesse pela questão da discricionariedade técnica, sua definição, sua submissão ou não à apreciação judicial, se justifica por ser um tema relativamente recente no direito administrativo aprofundado a partir da discussão sobre os limites da competência das agências reguladoras⁸¹.

A expressão discricionariedade técnica foi utilizada pela primeira vez em 1864 por Bernatzik, um colaborador da Escola de Viena. A questão posta em torno da discricionariedade técnica é saber se o emprego de conceitos jurídicos indeterminados na lei produz, por si, a discricionariedade administrativa. Vale dizer, a possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas ou o conceito jurídico indeterminado sempre envolve apenas trabalho de interpretação⁸².

⁸⁰ Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 09 fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Acesso em: 05 de março de 2011.

⁸¹ Pondera a referida autora que os dois institutos (discricionariedade técnica e agência reguladora) estão no direito administrativo brasileiro sob influência direta do direito norte-americano, mesmo podendo ser encontrado referências sobre a discricionariedade técnica na Alemanha e principalmente no direito italiano. Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**, idem.

⁸² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**, idem.

Segundo António Francisco de Sousa⁸³, Bernatzik pretendia, sob o conceito de discricionariedade técnica, englobar todo aquele tipo de decisão que, ainda que não fosse discricionária deveria ser, pela sua alta complexidade técnica, retirada do controle judicial em razão da complexidade de premissas fáticas envolvidas, pois, somente os administradores, com sua formação técnica, pela sua experiência e pelo seu contato direto com a realidade estariam em melhores condições para reagir.

Ainda segundo ele a natureza e a dimensão desta discricionariedade técnica variam de acordo com a experiência dos estados nacionais e, mesmo dentro de cada país que a adota ela permanece difícil. Para uns, trata-se de um poder livre, para outros, de um poder vinculado, mas que não é suscetível de ser controlado pelos tribunais administrativos, para outros, trata-se de um poder vinculado que deve ser, ainda que não integralmente, controlado judicialmente⁸⁴.

A ideia, contudo, não subsistiu muito tempo nem onde se originou (Áustria e Alemanha), pois, o tema foi tratado de forma conexa com o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, oscilando entre aceitar ou não, certa margem de discricionariedade.⁸⁵

A aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, ao contrário, é um caso de aplicação da lei em que se cuida de subsumir em uma categoria legal determinadas situações reais; justamente por isso, é um processo vinculado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exercita um poder discricionário.

A consequência é que o juiz tem ampla liberdade para apreciar a aplicação, pela Administração, dos conceitos indeterminados, sejam eles de experiência ou de valor. É o que ocorre com os conceitos de urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, necessidade pública,

⁸³ António Francisco de Sousa. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**, Coimbra, Livraria Almedina, 1994, p. 105-106.

⁸⁴ Cf. António Francisco de Sousa, *idem*.

⁸⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**, *idem*.

utilidade pública, interesse público. Portanto, para essa corrente, o que se nota é que não existe discricionariedade nos conceitos indeterminados. Um dos autores que melhor apresentou o tema foi Renato Alessi⁸⁶⁸⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁸, fazendo referencia a Massimo Severo Giannini, sustenta que a doutrina dominante distingue entre atividade administrativa e atividade técnica a discricionariedade técnica. Esta é entendida não em relação ao interesse público, mas em relação às regras, aos ensinamentos das disciplinas

⁸⁶ Segundo suas lições, existem casos em que a apreciação do interesse público exige exclusivamente a utilização de critérios administrativos, hipótese em que se tem a discricionariedade administrativa, que se dá, por exemplo, quando se tenha que conceder uma licença para uso de armas, uma licença comercial, um certificado de boa conduta, aplicar uma sanção disciplinar. E, ao contrário, existem casos em que a referida apreciação exige a utilização de critérios técnicos e a solução de questões que devem realizar-se conforme as regras e os conhecimentos técnicos, como, por exemplo, quando se trata de ordenar o fechamento de locais insalubres, ordenar a matança de animais atacados de enfermidades infecciosas, ordenar o fechamento de um estabelecimento em que se exerça uma atividade perigosa sem meios suficientes de proteção, ordenar a construção de uma ponte, adotar certo tipo de aeronave etc. Nesses casos, a solução é diferente conforme os conceitos técnicos estejam ou não ligados a critérios administrativos. Quando haja essa vinculação, a Administração faz um juízo de valor; caso contrário, não. Cf. Renato Alessi. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Bosch, 1970, Tomo. I, pp. 195/198.

⁸⁷ Alessi refere-se a duas hipóteses em que os conceitos técnicos estão ligados a critérios administrativos: a) quando, com base em dados fornecidos por órgão técnico, a Administração deve, no caso concreto, decidir fazendo uma apreciação de acordo com critérios administrativos de oportunidade e conveniência. Por exemplo: um órgão técnico manifesta-se no sentido de que um prédio ameaça cair. Cabe a Administração resolver se essa ameaça representa ou não perigo para o interesse público, de modo a exigir ou não a demolição e nesse caso, a questão técnica fica absorvida pela questão administrativa; b) em outros casos, a decisão baseia-se em critérios administrativos, embora considerando também aspectos técnicos; por outras palavras, a Administração tem que escolher os meios técnicos mais adequados para satisfazer ao interesse público. Exemplo: a escolha de critérios técnicos para a construção de uma obra pública. Em todas essas hipóteses, a discricionariedade técnica constitui verdadeira discricionariedade, porque há sempre, por parte da Administração, uma apreciação em face do interesse público. Em outras hipóteses, não há a vinculação de critérios técnicos a critérios administrativos, pois, diante da manifestação do órgão técnico, a administração não pode valorar em que medida o fato afeta o interesse público; a ela caberá decidir em consonância com as condições técnicas previamente definidas pela lei. Por exemplo, quando a lei determina a destruição de mercadorias deterioradas, à Administração cabe apenas constatar a ocorrência de deterioração e determinar sua destruição; não lhe cabe valorar a medida em face do interesse público. Nesses casos, não existe discricionariedade propriamente dita, porque a Administração não tem liberdade para apreciar a oportunidade e conveniência do ato; aparecem, então, como inconciliáveis, os vocábulos Discricionariedade e técnica. A distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica (ou imprópria) está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos. As decisões sobre se um prédio ameaça ou não cair, se um alimento está ou não deteriorado, se um paciente está ou não com doença contagiosa, não envolvem critérios de oportunidade e conveniência; somente um órgão especializado poderá dar a resposta correta, segundo critério puramente técnico. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**, idem.

⁸⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 09 fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Acesso em: 05 de março de 2011.

técnicas, enquanto a discricionariedade em sentido próprio é entendida somente em relação ao interesse público.

António Francisco de Sousa além de criticar a definição de discricionariedade técnica em função de sua relativização, propõe que o termo não deve ser utilizado por ser demasiadamente impróprio. Para ele nesta suposta “discricionariedade técnica” se deve distinguir três tipos de situação: a) juízos técnicos de verificação (cognição); b) juízos técnicos de valor; c) juízos técnicos de probabilidade. No primeiro caso trata-se apenas de verificar com base em um conhecimento técnico a ocorrência de um determinado fato. O juízo é meramente de verificação e conhecimento. Não há valoração. Nos juízos técnicos também não há valoração, mas apenas uma valoração de fatos. Com isso, as circunstâncias susceptíveis de avaliação variam. Nos juízos de probabilidade, são aqueles que se realizam como prognose, ou seja, juízos assentados em circunstâncias concretas de caráter técnico que se projetam para o futuro⁸⁹. Para o autor português, nenhuma das situações descritas importa juízos de valor ou vontade por parte da administração, característica que segundo ele distingue a discricionariedade técnica da discricionariedade administrativa.

A discricionariedade em sentido próprio dá lugar a uma valoração de tipo político em que o fenômeno não é mais do tipo natural, mas social e se relaciona com outros fenômenos sociais. Assim, o controle máximo onde se verifica a adequação da decisão aos fatos somente se aplicaria em relação às medidas restritivas de liberdade e em circunstâncias excepcionais que autorizam a administração a afastar o princípio da legalidade diante de uma situação anormal e exorbitante aplicando, nestes casos, o critério da proporcionalidade e razoabilidade⁹⁰.

Como podemos ver a vertente de pensamento da discricionariedade como técnica não propõe uma análise concreta das decisões discricionárias e sua representação

⁸⁹ Sousa, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra, Almedina, 1994, p. 111-112.

⁹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 09 fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Acesso em: 05 de março de 2011.

fenomênica, nem mesmo procura situá-la no complexo conjunto de atos da administração na contemporaneidade e suas implicações de ordem prática.

3.2.3 – A discricionariedade como dever de proporcionalidade

A apresentação da discricionariedade como dever de proporcionalidade está relacionada a influência direta da nova interpretação constitucional e o reconhecimento da força normativa dos princípios. Segundo **Gustavo Binenbojm**⁹¹, no Brasil a doutrina só mais recentemente passou a acolher a tese de que existe uma categoria de atos que cuja valoração administrativa não está suscetível de um controle pleno. São decisões que estão relacionadas a conceitos de prognose ou estimativa cujo preenchimento demanda a avaliação de processos sociais e pessoas envolvidas, exemplo de exames em concursos públicos, avaliação de funcional de servidores, decisões de comissões especiais.

No entanto, naqueles casos de erro manifesto, que salta aos olhos sem necessidade de um perito na matéria, a exclusão de apreciação judicial poderia conduzir ao arbítrio. Com base nessa teoria, o Conselho de Estado tem anulado atos, em matéria de apreciação do mérito do funcionário em uma promoção, de aptidão profissional, de fixação do valor de uma tarifa parafiscal e, inclusive, em matéria de sanção disciplinar, em que o colegiado já decidiu ter sido a pena escolhida excessiva em relação à infração praticada. Como se verifica, no direito europeu, o tema da discricionariedade técnica constitui objeto de preocupação para definir os limites do controle judicial sobre os atos administrativos.

As dimensões individual e coletiva convivem lado a lado no texto constitucional, impondo-se como paradigmas normativos a vincular a atuação do intérprete da Constituição. Apesar da dificuldade em torno da caracterização do que seja interesse público, conceito jurídico indeterminado por excelência, pode-se afirmar que a expressão aponta, em sentido lato, para os fundamentos, fins e limites a que se subordinam os atos e medidas do Poder Público.

⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 216-218.

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura dúctil dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação, **a priori**, de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. Essa fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais impõem a Administração o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.⁹²

Essa corrente doutrinária defende a tese de que existem atos da administração que são vinculados diretamente por princípios. Ainda que existam regras e conceitos indeterminados preordenados para conferir maior autonomia decisória a administração, recairá sob o administrador a tarefa de escolher dentre as opções materialmente disponíveis, aquela que melhor concretiza os fins colimados pela norma de competência, seja constitucional, legal ou regulamentar. *A vinculação direta aos princípios proporciona o mais alto grau de vinculação administrativa à juridicidade.*⁹³

Assim, sempre que o texto da Constituição ou da Lei não tiverem esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração ponderar todos os interesses e atores envolvidos na questão e buscando a sua máxima realização. A Administração Pública deve utilizar-se da ponderação para superar as regras de preferência estáticas, sempre atuando com vistas à formulação de certas decisões de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a incerteza jurídica total provocada por juízos de ponderação discricionários produzidos caso a caso.⁹⁴

⁹² Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de interesse público, como conjunto de interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do Direito). O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade.

⁹³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Idem, p. 229.

⁹⁴ Idem, p. 235-237.

Veja-se que tal raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional.

Considerando que, na lógica da separação de poderes, compete precipuamente à Administração Pública implementar projetos legislativos e políticas públicas, fazem parte da rotina do administrador público situações diversas as quais lhe demandam a tomada de decisões investidas, não raro, de larga margem de discricionariedade.

Nessas situações, não é livre o agente público para decidir por um, ou outro caminho. Chamado a realizar um interesse de índole difusa cuja implementação se depare frontalmente com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, buscar uma solução ótima que realize ao máximo de cada um dos interesses em jogo. Como resultado de tal raciocínio de ponderação tem-se o que se convencionou chamar de *melhor interesse público*.

A técnica da ponderação encontra aplicação nos países da **common law** e no sistema continental europeu, como forma de controle da discricionariedade administrativa e de racionalização dos processos de definição do interesse público. Os juízos de ponderação deverão ser guiados pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

No Brasil a situação não é nova, pois, o Supremo Tribunal Federal já aplicou a técnica da ponderação, instrumentalizada através do postulado da proporcionalidade. Segundo a Suprema Corte, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando está verificada uma restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais que exigem a ponderação, relativa de cada um dos direitos, por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três, as máximas

parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito⁹⁵.

Ademais, para pleno conhecimento dos interesses em jogo e das razões contrapostas, releva de importância na formulação dos juízos de ponderação a participação do cidadão, seja a título de defesa de direitos individuais, seja como membro da coletividade na defesa de interesses difusos e coletivos. Ao direito do cidadão de sustentar seus próprios interesses, soma-se, com especial importância, o interesse da coletividade na obtenção de juízos de ponderação e de consequentes decisões administrativas dotados do conhecimento pleno das circunstâncias fáticas e argumentos jurídicos que envolvem o caso: a participação dos administrados é também, portanto, insumo essencial para alcance do ponto máximo de otimização e racionalidade na produção das decisões.

Neste passo, chega-se à no presente estudo à demonstração de como o postulado da proporcionalidade se presta a explicar, e justificar, uma certa lógica estrutural do direito administrativo⁹⁶. Para a aplicação do dever de proporcionalidade, como sustenta Gustavo Binembojm⁹⁷:

“o aplicador deverá dar preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais como uma das expressões de sua posição de centralidade no sistema jurídico brasileiro. Ao

⁹⁵ Confira-se significativo trecho de decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, que guiou o Plenário da Corte Suprema no julgamento da Intervenção Federal 2.257-6/São Paulo: “(...) o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF nº 2.257-6/SP. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 22.12.2012.

⁹⁶ Gustavo Binembojm. **Uma teoria do ato administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

⁹⁷ Gustavo Binembojm. **Uma teoria do ato administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

dar preferência a um maior grau de objetividade do relato normativo aplicável ao caso, o aplicador também deverá dar preferência à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas, como a especialização técnico funcional da autoridade em relação às matérias que demandam *expertise e experiência técnica* e considerar ainda o grau de participação social no processo de tomada de decisão como fato a ensejar um controle efetivo sobre a questão”⁹⁸.

Ocorre que o reconhecimento de que discricionariedade administrativa deve obedecer ao parâmetro da proporcionalidade não oferece respostas satisfatórias em caso de decisões administrativas tomadas por instancias policêntricas. Tais problemas se apresentam com muita frequência em matéria ambiental em conflitos de competência com os órgãos ambientais das diversas esferas federativas.

Conforme observações de Paulo Otero⁹⁹, a existência de uma pluralidade de fontes geradoras de normas que regulam a administração pública mostra-se passível de conduzir ao entendimento de que estas se podem relacionar entre si com base num princípio de conformidade ou, ao contrario, com base em um princípio de indiferença.

Na conformidade tem-se a ideia de que uma norma deve respeitar o que está disposto em outra, na indiferença considera-se que ambas atuam em campos autônomos e próprios, sem qualquer inter-relação. Entretanto, adverte o autor português que se deve considerar que é possível a existência de uma sobreposição material entre as normas. Desde que se estabeleça uma exigência de conformidade entre normas jurídicas, passando a existir normas definidoras dos critérios materiais, formais e procedimentais ou orgânicos a que outras devem obedecer. Isto significa que nem todas as normas tem a mesma força¹⁰⁰.

Ainda conforme Paulo Otero,

“não se ignora que, historicamente, o problema da hierarquia no âmbito do ordenamento jurídico começou a ser equacionado no nível de análise das fontes normativas; nesse sentido se relacionava a lei divina e a lei natural, de um lado, e do outro a lei humana, dentro do quadro normativo medieval. Mas independentemente da dimensão histórica do problema, é certo que o aumento no numero de fontes aumenta a complexidade do ordenamento evidenciando de forma incontestável que as normas não vivem isoladas na

⁹⁸ Idem, 238.

⁹⁹ Paulo Otero. **Legalidade administrativa e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa, Almedina, 2003, pp. 543.

¹⁰⁰ Idem, pp. 544.

relação entre si. Deste modo, revela-se um quadro de articulação de normas dentro de um mesmo sistema jurídico.”¹⁰¹.

Como se pode ver, a concepção desenvolvida pela teoria de Paulo Otero apenas inclui o componente de vinculação à juridicidade como forma de estabelecer o parâmetro decisório. Temos sustentando que a formulação é original e interessante mas, ainda assim, não permite uma descrição segura acerca da manifestação do poder discricionário da administração. Isso porque mesmo uma compreensão de que tais atos estão vinculados a uma juridicidade que decorre da interação do sistema, não há garantia de que o sujeito responsável à decisão estará integrado ao programa decisório.

3.3. A atuação discricionária e as irritações no sistema administrativo: riscos de desestabilização das expectativas congruentes.

Uma das questões que pode ser elencada como exemplo de poder decisório policêntrico e que suscita divergências na doutrina brasileira, é a delimitação de competências para a realização do licenciamento ambiental. Até o advento da Lei Complementar nº. 140 de 08.12.2011, não havia no ordenamento jurídico um sistema de repartição das competências que conferisse maior segurança ao comportamento dos administrados que precisassem da outorga das referidas licenças.

A edição da referida lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23 da CF era indicada como meio de solucionar os conflitos, positivos e negativos que fossem verificados entre os órgãos federais, estaduais e municipais, integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente, visto que a falta de procedimento dificultava sua efetividade.

Até a edição da lei complementar em questão as controvérsias doutrinárias existentes destacavam as questões da constitucionalidade e legalidade das Resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente CONAMA nº 01/86 e 237/97 e os critérios utilizados por tais resoluções para solver eventuais conflitos

¹⁰¹ Idem, pp. 544.

de competência administrativa. Neste estudo poderemos verificar que mesmo após a edição da Lei Complementar e análise das propostas da regulamentação do art. 23, VI e VII, da CF, não resolvem o problema de policentrismo decisório, tornando complexa uma solução para o subsistema.

Neste particular, qualquer tentativa de enfrentar a questão nos moldes em que estão postos pelas Resoluções do CONAMA esbarra, inconvenientemente, em razões discricionária de saber *se atuação e definição do que vem a ser abrangência do impacto*. O sistema ecológico integrado é sempre suscetível de apresentar interligações e em que pese a aplicação da teoria da discricionariedade como dever de proporcionalidade servir para uma aferição dos limites acerca da abrangência do interesse, não serve para solucionar a existência de irritações entre as esferas de competência que estão delineadas no interior do sistema.

Um parte dos autores defende que a Resolução CONAMA nº 237/97 seria parcialmente inconstitucional, pois, não poderia dispor e alterar a repartição constitucional de competências administrativas¹⁰² sendo, por isso, exercidas em sobreposição. Assim, para essa corrente doutrinária, enquanto não fosse editada a lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23 da CF/88, os critérios para a repartição de competências devem ser extraídos diretamente da Constituição com destaque para o princípio da predominância do interesse¹⁰³. Com este entendimento defendem que a Resolução CONAMA nº 237/97 seria adequada ao que dispõe a CF/88 apenas quando aplica critérios baseados no princípio da predominância do interesse, sendo inconstitucional ao tratar de outros critérios, como o da dominialidade¹⁰⁴.

Para a corrente em questão, quanto à competência para licenças ambientais, a própria CF/88 teria estabelecido o dever de cooperação entre os entes da federação

¹⁰² KRELL, Andreas J. **Problemas do licenciamento ambiental no Sistema Nacional do Meio Ambiente**. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, Ano V, n. 27, p. 3765 a 3781, set/out. 2004, p. 3776.

¹⁰³ FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental – aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 126-127 e 150-151.

¹⁰⁴ MACIEL, Marcela Albuquerque. **Competência para o licenciamento ambiental: Uma análise das propostas de regulamentação do art. 23 da CF**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 83, 01/12/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8759. Acesso em 19.11.2011.

repartindo suas atribuições e não pode se dada de forma indiscriminada ou por sobreposição¹⁰⁵.

Não parece razoável entender que o licenciamento ambiental possa se dar de forma dúplice ou tríplice, com evidente desperdício de esforços e contrariamente à necessidade de atuação integrada dos entes federativos. A Resolução CONAMA nº 237/97 ao prever a competência municipal e o nível único para o licenciamento ambiental, estaria materialmente adequada ao que dispõe a CF/88 não sendo, portanto, inconstitucional¹⁰⁶.

Se partirmos da categoria de Paulo Otero é possível sustentar que há normas que se relacionam em termos de infra e supraordenação. Verificando-se a prevalência de umas sobre as outras em razão da liberdade de decisão concedida ao sujeito competente. Isso evidencia que as normas possuem espaço materiais de regulação rígidos e que uma norma, mesmo que superior, não pode esgotar o campo de incidência de outra inferior, mesmo que a aplicação desta se dê em observância daquela¹⁰⁷.

Mas o problema do conflito de hierarquia de normas do direito brasileiro não se esgota neste campo. Existem normas que criam uma situação de concorrência ou até mesmo sobreposição material onde uma delas dispõe a regular exatamente o mesmo campo de incidência da outra e que só poderiam se diferenciar pelo critério cronológico¹⁰⁸.

Vê-se, com isso, que a solução até então apresentada está longe de superar as limitações existentes no interior do sistema sobre critérios das escolhas discricionárias. Em verdade, o modelo de federação brasileira e a forma de distribuição de receitas fiscais e competências materiais não permitem um critério racional de repartição de suas competências. Isso favorece a sobreposição do ente com mais recursos sobre o ente que dispõe de menos recursos.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ FARIAS, Talden. Op. cit. 2007. p. 125-126.

¹⁰⁷ Paulo Otero. Legalidade e administração pública. Idem, pp. 546.

¹⁰⁸ Idem, pp. 547.

Como veremos no item a seguir, há situações de que mesmo no âmbito de competências de regulação técnica a atuação discricionária disfarça certo arbítrio ante a inexistência de uma teoria que permita uma observação mais detalhada sobre o estado de coisas. Tomamos como ponto de análise a atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA que a pretexto de fiscalizar e regular a produção de fumígenos derivados do tabaco tem promovido atos que em última análise provocam irritações no sistema, desestabilizam as expectativas normativas dos setores regulados e conduzem a insegurança jurídica. Esse estudo propõe demonstrar que mesmo através das teorias existentes, os novos espaços de atuação da administração exigem uma explicação mais afinada com a complexidade do sistema jurídico atual.

Decisões de natureza técnica sanitária podem provocar irritações em subsistemas como econômico, social, tributário, sem que a administração seja de qualquer modo responsável pelas consequências desta decisão. Sob pretexto de iniciar um combate ao tabagismo, a administração pública interfere em domínios da liberdade econômica, do costume social do ecossistema sem que qualquer destas conexões seja refletidas no âmbito normativo. Este tópico pretende demonstrar com as novas áreas de atuação administrativa exigem novas capacidades de seus agentes.

3.3.1 - Uma análise de caso: a discricionariedade (técnica) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Um disfarce do puro arbítrio.

Tema de grande relevância e atualidade é possível observar que as agências reguladoras reabriram importante debate sobre a discricionariedade administrativa e seus limites. O poder normativo das agências de regulação de setores econômicos têm colocado em evidencia as dificuldades de encontrar um espaço de consenso acerca do novo significado da discricionariedade e dos limites de intervenção do estado na atividade econômica, por exemplo, o limite de controle do Poder Judiciário sobre o poder de decisão técnica das agências reguladoras.

No Brasil a criação das agências reguladoras resultam de uma necessidade sentida pela administração pública nos anos noventa de influir na organização das relações econômicas de maneira constante e mais aprofundada, com instrumentos de poder

e controle a fim de conferir maior eficiência, dotando as agência de autonomia capaz de diminuir as interferências políticas sobre as decisões destas agências¹⁰⁹. A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos, como por outros com justificações diversas, mas com inevitável efeito sobre setores econômicos (como acontece com a Anvisa).

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, instituída através da Lei Federal 9.782 de 26.01.1999. Embora a regulação econômica não esteja entre suas atribuições diretas, pois, lida com questões relativas a saúde, fármacos, etc, sua estrutura e poderem de atuação e gestão foram visivelmente inspiradas nas demais agencias de regulação criadas no ordenamento jurídico brasileiro.

A título de exemplo podemos proceder ao estudo de um caso em que a ANVISA tem se utilizado de sua competência normativa, e de certo modo com poderes discricionários, para fixação de critérios técnicos de definição e impor regras de conduta aos administrados, especialmente, os setores produtivos regulados pela agencia.

Através de sua diretoria colegiada vem publicando resoluções com intuito de normatizar a forma com que as empresas fabricantes, importadoras, exportadoras de derivados de tabaco devem se enquadrar para fins de obtenção do registro junto a Agência. O pedido de registro tem por finalidade permitir que comercializem seus produtos e obtenham a revalidação ou renovação de sua licença para fabricação e comercialização de derivados de tabaco.

O procedimento regulado pela Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº. 90 trouxe exigências que parecem ter excedido os limites estabelecidos pela Lei de criação da ANVISA bem como transbordado os limites do exercício da competência regulamentar sem que seque fosse feita uma observação das consequências de sua competência técnica.

¹⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 1ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 18-19.

A Lei que criou e regulamentou as competências da agência (Lei 9.782/99) dispõe (artigos 7º e 23) quais são as competências delegadas pela lei para que a autarquia especial desempenhe suas funções. Basicamente são as seguintes: competência para arrecadação e administração da taxa de vigilância sanitária, funções de fiscalização e concessão de licença para os setores que comercializam produtos objeto da regulação, entre elas o tabaco.

A Lei 9.782/99 (art. 7º) dispõe que compete à agência proceder a implantação e execução de suas funções (II a VII do art. 2º) devendo administrar e arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária. A criação da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária, constituindo como fato gerador da imposição tributária (taxa) também qualifica sujeitos passivos determinando que as pessoas físicas e jurídicas que exercem atividades de fabricação, distribuição e venda de produtos e a prestação de serviços mencionados se submetam às exigências nela contidas.

A taxa devida em conformidade com o respectivo fato gerador, valor e prazo deve ser recolhida nos termos da ANVISA e sua arrecadação e cobrança podem ser delegadas aos demais entes federados, a critério da Agência, nos casos em que por eles, estejam sendo realizadas ações de vigilância.

Como se vê, a lei que cria a autarquia estabelece os limites e competências a serem observados pelos dirigentes da Agência no momento de exercerem as funções de fiscalização.

Porém desde 2007, seguindo regulamentação prevista na Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº. 90/2007, a Agência passou a que definir os conceitos técnicos utilizados pela agência para fins de fiscalização e exigência da taxa. Entendendo por registro, o deferimento da petição de registro de *uma marca de produto fumígeno*, por meio da análise da documentação e dos dados cadastrais que devem ser, obrigatoriamente, encaminhados à ANVISA.

Marca, para a ANVISA, é nome, acompanhado ou não de descritores, apostado sobre um produto que será reconhecido pelo consumidor como forma de distinguir o produto de outras de mesma natureza. As submarcas são consideradas marcas.

Segundo a resolução, as empresas importadoras de fumígenos derivados do tabaco, devem encaminhar à ANVISA petição primária com registros cadastrais para cada marca a ser comercializada, importada ou exportada. Esta petição primária de registro dos dados cadastrais deve ser feita de forma individualizada por marca de produto.

A descrição técnica das exigências da ANVISA denotam, exatamente, o rigor técnico de que pode dispor a administração no conhecimento do setor por ela regulado, contudo, o extravasamento das exigências e sua repercussão fiscal ainda não se mostram presentes na análise das exigências técnicas da resolução. Num primeiro olhar, a simples análise das exigências formais da agência não são capazes de evidenciar, ao interprete, quais as consequências negativas que as infringências aos limites de estabilidade da lei e a repercussão econômica que as exigências podem causar.

A transgressão apresenta-se quando a resolução indica como fator determinante para os dados cadastrais para registro individualizado, as dimensões do objeto fiscalizado: o comprimento (mm) e a circunferência (mm). Segundo dispõe a RDC, os dados cadastrais constante do peticionamento eletrônico são as características da marca (nome da marca), tipo de produto: cigarro com filtro, cigarro sem filtro, cigarro *kretek*, charuto, cigarrilha, bidis, fumo para cachimbo ou para *narguilé*, fumo de rolo, fumo mascável; comprimento; circunferência.

Ao definir que comprimento e circunferência teriam efeito de distinguir produto para fins de registro e aceitar apenas uma ordem de grandeza e uma hipótese de incidência mais ampla que a prevista em lei para que cada variação de dimensão implique em novo registro, ainda que os produtos sejam idênticos quanto às suas especificações materiais, a ANVISA cria uma nova espécie de incidência tributária não prevista em Lei.

A leitura ampla e sistemática da resolução objeto desse estudo permite verificar que sem o registro da ANVISA os produtos indicados no anexo da Lei nº 9.872/99 têm sua comercialização vedada em território nacional, sendo punível com a apreensão e o perdimento. A comercialização sem o competente registro que significa, na

prática, o pagamento da Taxa, por ser prévio, e não restituível, independentemente da conclusão registral, impõe apenas ao destinatário da norma todo o risco por eventual erro da administração ao discriminar, para fins tributários aquilo que não pode ser discriminado.

A ANVISA vai além e determina que a simples modificação das dimensões do produto, além da marca ou submarca, é suficiente para individualizá-lo, portando, torná-lo diferente para efeitos de registro e pagamento da taxa. Deste modo, vê-se que produtos que são substancialmente idênticos são definidos como distintos. Como a agência define isso? Quais são, efetivamente, os critérios técnicos para essa diferenciação? A resolução não os menciona, deixando livre à interpretação da resolução, permitir que essa diferenciação se faça por um sistema de dados eletrônicos elaborados de acordo com as exigências da agência de regulação.

A edição da RDC nº. 90/2007 exige que para cada tamanho de charuto/cigarrilha que possa vir a ser fabricado, é necessário um registro próprio, pouco importando se os produtos finais advêm exatamente da mesma matéria prima, que já foram previamente analisadas em sua composição química e orgânica e suas especificações técnicas são conhecidas. Não importa se tais dados são suficientes para que a ANVISA realize sua tarefa fiscalizadora ou se poderá aferir quais são os produtos que não devem fazer parte do mercado de consumo de fumígenos no país.

A partir de uma aparente “*expertise técnica*” a ANVISA parece desvirtuar um conceito global de definição de um produto de modo a exigir que cada produtor pague quantias maiores por cada produto individualizado, pagando uma taxa diferenciada por cada unidade de produto que fabrique ou importe, sendo irrelevante se são produtos com origem comum ou mesmo se a determinação ofende as regras constitucionais que concedem a livre iniciativa econômica e a vedação à utilização de tributos com efeito confiscatório.

O que parece ser apenas uma extensão da interpretação da norma cogente de direito tributário, vez que, o tamanho físico de um produto, não se encaixa no conceito de marca para exigência de registro individualizado, como autoriza a lei de regência torna-se uma inovação na ordem jurídica, com repercussão fiscal concreta

e introduz a diferenciação de acordo com as dimensões de cada produto para efeitos meramente tributários.

Ao traçar a distinção, para fins de registro de cada unidade do produto, de modo transversal, a agência promove a majoração da carga tributária para o setor regulado, fora da autorização legal, atribuindo uma conceituação própria e diferenciadora, *sob o pálio de sua competência reguladora* que acaba por inviabilizar a existência da atividade econômica.

A Agência ao fazer tais cobranças fundamenta-se na RDC nº. 90 de 2007 e não na Lei, excedendo, portanto, sua competência regulamentar e fiscalizatória e por via de consequência, reforça a inconstitucionalidade e ilegalidade no sistema.

A experiência técnica adquirida pela autarquia especial sempre a coloca em posição destacada para definir e aplicar as normas técnicas que a lei lhe concede competência, mesmo que não seja muito clara quanto à abrangência de tal poder. A aplicação quantitativa e concreta, acerca da violação deste princípio, depende sempre de uma análise dos pressupostos de fato presentes na situação concreta, pois, a exigência de pagamento da taxa sobre cada unidade produzida implica em excesso não justificável; um verdadeiro efeito confiscatório que poderia ser verificado e controlado¹¹⁰.

Vê-se que a resolução administrativa da ANVISA inova em aspectos que deveriam ser reservados à lei. Majora a tributação de produtos por via oblíqua sem previsão legal e impõe para determinado setor econômico taxação excessiva, desarrazoada e desproporcional. Não seria desarrazoado afirmar que do modo como a discricionariedade da agência é evocada viola o princípio constitucional da

¹¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADIN 2010-2/DF, REI. Min. Celso de Mello, set/99, DJ 12/04/2002, pg. 51. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 15.01.2011.

proporcionalidade (CF, art. 1º c/c art. 5, LIV)¹¹¹, vista como um princípio jurídico que permite controle pelo poder judiciário¹¹².

De outro lado, deve-se dizer, ainda, em paralelo à proporcionalidade que, o princípio da capacidade contributiva baseia-se num ideal de justiça fiscal e relativamente às taxas e que seu o fato gerador está sempre associado a uma prestação positiva ou a disposição, para utilização efetiva ou potencial, devendo, entretanto, observar que a sua exigência não pode criar uma situação de redução do patrimônio do sujeito passivo capaz de exaurir sua atividade econômica¹¹³.

¹¹¹ Há autores que não veem na proporcionalidade e razoabilidade princípios jurídicos, mas sim postulados decisórios ou mesmo regras de julgamento. A esse respeito ver Humberto Ávila. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª Ed, São Paulo, Malheiros, 2004.

¹¹² “(...) o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo dos atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou a ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal com o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.”

¹¹³ Nesse sentido, também precedentes do STF, vejamos:

E M E N T A: TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - LEI Nº 7.940/89 - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - PRECEDENTES FIRMADOS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO DE OUTRAS CAUSAS VERSANDO O MESMO TEMA PELAS TURMAS OU JUÍZES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM FUNDAMENTO NO LEADING CASE (RISTF, ART. 101) - AGRAVO IMPROVIDO. A TAXA DE FISCALIZAÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, INSTITUÍDA PELA LEI Nº 7.940/89, É CONSTITUCIONAL. - A taxa de fiscalização da CVM, instituída pela Lei nº 7.940/89, qualifica-se como espécie tributária cujo fato gerador reside no exercício do Poder de polícia legalmente atribuído à Comissão de Valores Mobiliários. A base de cálculo dessa típica taxa de polícia não se identifica com o patrimônio líquido das empresas, incorrendo, em consequência, qualquer situação de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 145, § 2º, da Constituição da República. O critério adotado pelo legislador para a cobrança dessa taxa de polícia busca realizar o princípio constitucional da capacidade contributiva, também aplicável a essa modalidade de tributo, notadamente quando a taxa tem, como fato gerador, o exercício do poder de polícia. Precedentes. A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AUTORIZA O JULGAMENTO IMEDIATO DE CAUSAS QUE VERSEM O MESMO TEMA (RISTF, ART. 101). - A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida por maioria qualificada, aplica-se aos novos processos submetidos à apreciação das Turmas ou à deliberação dos Juízes que integram a Corte, viabilizando, em consequência, o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema, ainda que o acórdão plenário - que firmou o precedente no "leading case" - não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado. Precedentes. É que a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, proferida nas condições estabelecidas pelo art. 101 do RISTF, vincula os julgamentos futuros a serem efetuados, colegialmente, pelas Turmas ou, monocraticamente, pelos Juízes desta Corte, ressalvada a possibilidade de qualquer dos Ministros do Tribunal - com apoio no que dispõe o art. 103 do RISTF - propor, ao Pleno, a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional. Precedente. (RE 216259 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/05/2000, DJ 19-05-2000 PP-00018 EMENT VOL-01991-02 PP-00341 RTJ VOL-00174-03 PP-00911).

Como apresentado em linhas anteriores, as agências reguladoras foram introduzidas no direito brasileiro, inicialmente, para assumir o papel que nos casos de concessão era desempenhado pela própria administração pública direta, na qualidade de poder concedente.

Atualmente elas desempenham funções de assumir os poderes e encargos do poder concedente nos contratos de concessão, como os de fazer licitação, contratar, fiscalizar, punir, alterar, rescindir, encampar; exercem a atividade chamada de regulação propriamente dita, de modo a abranger a competência para estabelecer regras, para fiscalizar, reprimir conflitos, não só no âmbito da própria concessão, mas também na relação com outras prestadoras de serviço.

Segundo a Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁴, como autarquias elas se sujeitam a normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade. Costuma-se afirmar que as agências gozam de certa margem de independência em relação aos três poderes do estado, entretanto, adverte a autora, essa independência deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro. Independência perante o poder judiciário não existe; a agência pode dirimir conflitos em instância administrativa, mas isso não impede e não pode ter o condão de impedir o controle de suas decisões pelo Poder Judiciário, tendo em vista a norma do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Assim, se agência reguladora ao ordenar o setor que lhe cabe, o fizer ao arreio dos cânones constitucionais, o judiciário deveria impor os limites postos na lei àquela atividade estatal. Mas a questão é: se a lei permite a instituição e exigência da taxa, qual o critério para aferir até que ponto a taxa contribui para a desestabilização do sistema?

O questionamento acerca da legalidade da RDC em ampliar o critério de exigência de tributo, obtendo uma majoração da carga tributária sem previsão legal apenas atende a uma parte do problema que pode ser resolvido por uma arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade. O problema se torna ainda mais delicado quando

¹¹⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Curso de direito administrativo**, Idem, pp. 320.

se pretende adentrar, a fundo, no mérito de definição técnica da taxa, verificando seus pressupostos não apenas fáticos em sentido amplo, mas também seus critérios de justificação técnica. Caso essa observação não seja feita não parece que seja possível aferir a correção dos critérios adotados pela agência e volta-se ao ponto zero, apenas com uma definição arbitrária acerca da competência regulamentar.

A Lei 9.782/99¹¹⁵ que instituiu a autarquia especial menciona a exata competência para arrecadação e administração da taxa de vigilância sanitária; define que o fato gerador da taxa de fiscalização e vigilância sanitária se constitui pela prática dos atos de competência da agência e seu valor fixado pela Lei, de modo a definir os limites da competência impositiva que deve ser exercida.

A RDC nº 90/2007, em particular, ao detalhar o modo de apresentação dos dados cadastrais exigidos no peticionamento eletrônico inova e vai além do aspecto marca e submarca, cuja previsão não estão na Lei, exagera trazendo uma nova definição de critério para individualização do registro (dimensões de cada produto).

¹¹⁵ Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

(...)

VI - administrar e arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária, instituída pelo art. 23 desta Lei;

Art. 23. Fica instituída a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária.

§ 1º Constitui fato gerador da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária a prática dos atos de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária constantes do Anexo II.

§ 2º São sujeitos passivos da taxa a que se refere o caput deste artigo as pessoas físicas e jurídicas que exercem atividades de fabricação, distribuição e venda de produtos e a prestação de serviços mencionados no art. 8º desta Lei.

§ 3º A taxa será devida em conformidade com o respectivo fato gerador, valor e prazo a que refere a tabela que constitui o Anexo II desta Lei.

§ 4º A taxa deverá ser recolhida nos termos dispostos em ato próprio da ANVISA. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

§ 5º A arrecadação e a cobrança da taxa a que se refere este artigo poderá ser delegada aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a critério da Agência, nos casos em que por eles estejam sendo realizadas ações de vigilância, respeitado o disposto no § 1º do art. 7º desta Lei.

§ 6º Os laboratórios instituídos ou controlados pelo Poder Público, produtores de medicamentos e insumos sujeitos à Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, à vista do interesse da saúde pública, estão isentos do pagamento da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

§ 7º Às renovações de registros, autorizações e certificados aplicam-se as periodicidades e os valores estipulados para os atos iniciais na forma prevista no Anexo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001).

§ 8º O disposto no § 7º aplica-se ao contido nos §§ 1º a 8º do art. 12 e parágrafo único do art. 50 da Lei nº 6.360, de 1976, no § 2º do art. 3º do Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, e § 3º do art. 41 desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

Ao exigir aposição de valores cuja divergência, impõe outro registro para o qual deve ser recolhida nova taxa, a agência cria, de forma subliminar, uma nova hipótese de incidência sem amparo legal. Excede ao criar novas hipóteses de incidência, pois, exige que o sujeito passivo da obrigação pague por uma marca ou submarca apenas porque as dimensões são diferentes.

A circunstância de o ato administrativo ter emanado de uma agência com poderes de regulação, não devem subverter uma hierarquia racional existente entre atos legislativos e atos administrativos sem uma justificativa racional. Todo e qualquer ato emanado de órgãos ou entidades da administração pública sempre está sujeito à observância da legalidade. Há diversos precedentes judiciais que veem reconhecendo os abusos praticados¹¹⁶.

Ainda que não seja o caso de ato praticado por Ministro de Estado, o balizamento se aplica do mesmo modo, pois, se ao Ministro de Estado cuja função é exercer a orientação, supervisão e coordenação dos órgãos da administração federal, podendo expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos, deve haver submissão aos preceitos da lei e da Constituição, o que faria com que os dirigentes de autarquias estivessem fora do alcance dela?

Há interessante julgamento do Supremo Tribunal Federal que ao apreciar pedido de declaração de inconstitucionalidade em relação à norma existente na Lei Geral de

¹¹⁶ Nesse sentido o acórdão do Tribunal Regional Federal da Terceira 3ª Região: AGRADO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS. 1. A parcela do poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado. 2. Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar. 3. A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 27, da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, extrapolou os lindes regulamentares ao modificar o conteúdo e a qualidade dos contratos de prestação de serviços ajustados entre operadoras e consumidores, em afronta ao princípio da legalidade. 4. As empresas operadoras, as quais encontram-se vinculadas e sujeitas a controle, fiscalização e regulamentação por parte da ANS, podem ser diretamente afetadas pelos atos normativos por aquela expedidos. Configuração do fenômeno denominado pelos administrativistas alemães e italianos de "relação de especial sujeição". 5. Os consumidores não se sujeitam a este poder especial de sujeição, sendo afetados tão-somente em função da finalidade atribuída por lei à ANS de tutela de seus particulares interesses como categoria. Este órgão limita-se a zelar pelo cumprimento dos direitos do consumidores no âmbito de sua competência, ex vi da Lei nº 9.961/2000, artigo 4º, XXXVI. (AG 200103000125509, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, 14/06/2002)

Telecomunicações (inciso IV e X do art. 19) resolveu deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, e fixar a exegese segundo a *qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir regulamentares subordina-se aos preceitos legais e que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. Vale dizer, o STF reconheceu que a competência normativa das Agências está limitada sim pela lei, mesmo se o exercício de tal competência estiver no rol do conhecimento técnico dessa autarquia especial.*¹¹⁷

Considerando que a Lei em comento consigna a criação de uma taxa, o Sistema Tributário Constitucional vigente permite a regulamentação do tributo criado com a competência outorgada, para fins de fiscalização e arrecadação, contudo, a citada regulamentação deve obedecer ao ordenamento jurídico em sua plenitude sistêmica, como um todo, de modo a permitir uma visão integrada e harmônica da exigibilidade com os chamados postulados de garantias tributárias insertos na Constituição Federal.

Um primeiro limite que se encontra na observância das normas constitucionais é o respeito devido a tais normas e que sua violação importa em irremissível inconstitucionalidade da lei tributária. De fato, as normas legais têm sua validade vinculada à observância e ao respeito aos limites erigidos pelas normas constitucionais.

Logo, se a Constituição limita o exercício da competência tributária, seja de modo direto, mediante preceitos especificamente endereçados à tributação, seja de modo indireto, ao disciplinar outros direitos, como o de propriedade, o de não sofrer confisco, o de exercer atividades lícitas, o de transitar livremente pelo território nacional, a competência tributária, também está limitada.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1668 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ 16-04-2004 PP-00052 EMENT VOL-02147-01 PP-00127. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 10.03.2013.

Contrariamente ao imposto, espécie de tributo que tem por hipótese de incidência um fato qualquer, não consistente numa atuação estatal específica, encontrando seu fundamento de validade apenas na competência tributária da pessoa política, sem que o Poder Público desenvolva, em relação ao contribuinte, qualquer atividade contraprestacional, a taxa é tributo que tem por hipótese de incidência uma atuação estatal específica e divisível diretamente referida ao contribuinte.

A taxa segundo art. 145, CF¹¹⁸ é um tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação dependente da atividade estatal específica, dirigida ao contribuinte, seja em razão do exercício de poder de polícia, seja em razão da utilização efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição¹¹⁹.

Seu contribuinte e sua base de cálculo devem estar ligados ao aludido pressuposto material. No sistema tributário nacional, desde a reforma implantada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1965, a taxa acha-se conceituada constitucionalmente, com fundamento no conceito de serviço público específico e divisível e no poder de polícia.

A consequência tratar no texto constitucional os elementos constitutivos do conceito da taxa, é a importância que daí resulta, funcionando como parâmetro mínimo de interpretação, pois, para o legislador ordinário e para a atuação administrativa, no momento da criação e exigência desta espécie tributária, o limite do texto também impõe limites às possibilidades interpretativas da regra jurídica.

O conceito de taxa, por estar consagrado na Constituição, razão pela qual deve ser respeitado integralmente pelo legislador ordinário, não pode ser ampliado além do que está posto no texto constitucional. Não se pode diminuir o conceito. O não respeito ao conceito de taxa afeta o sistema da discriminação constitucional de rendas tributárias, de forma a produzir inconstitucionalidades. Não seria lícito

¹¹⁸ “Art. 145 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

¹¹⁹ Bernardo Ribeiro de Moraes. **As taxas no sistema tributário brasileiro**. São Paulo, RT, 1985, pp. 157.

condescender-se com distorções em referência às espécies tributárias, sob pena de fazer desmoronar todo o sistema. Assim, importante uma obediência rígida ao conceito jurídico de taxa mantido na Constituição.¹²⁰

E aqui está um dos pontos centrais da questão objeto desse estudo. Como demonstrado acima, a imposição da ANVISA aos produtos produzidos pelo setor regulado além de implicar em violação aos princípios constitucionais de vedação ao confisco, respeito à capacidade contributiva e proporcionalidade entre a taxa de polícia exigida e a contraprestação do serviço público, viola também as regras mais simples da legalidade tributária exigida em nosso sistema.

Primeiro porque extrapola os limites concedidos pela lei para o exercício dessa competência, e segundo porque, contraria regras do código tributário a serem observados, especificamente quanto à exigência de taxas¹²¹. Se o valor da taxa der causa a uma situação de onerosidade excessiva, que descaracterize essa relação de equivalência entre os fatores referidos (o custo real do serviço, de um lado, e o valor exigido do contribuinte, de outro), configurar-se-á, então, quanto a essa modalidade de tributo, hipótese de ofensa à cláusula de vedação ao confisco inscrita no art. 150, IV, da Constituição da República.

A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições desarrazoadas do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

¹²⁰ Bernardo Ribeiro de Moraes. *Idem*, pp. 59/60.

¹²¹ O Min. Celso de Mello no Supremo Tribunal Federal assentou que a taxa, enquanto contraprestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2551 MC-QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ 20-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02229-01 PP-00025. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 10.11.2011.

A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurado ao contribuinte (art. 170, caput da CF/88). É que dispõe a própria Carta Política de um sistema de proteção destinado a amparar o administrado contra eventuais excessos cometidos pelo poder público ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado. Nesse sentido, há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece a necessidade de equivalência¹²².

¹²² STF. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TAXA DE EXPEDIENTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS - DPVAT - INCIDÊNCIA DA REFERIDA TAXA DE EXPEDIENTE SOBRE AS SOCIEDADES SEGURADORAS - ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA DAS ENTIDADES SINDICAIS QUE FIZERAM INSTAURAR O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - INOCORRÊNCIA - PERTINÊNCIA TEMÁTICA CONFIGURADA - ALEGADA UTILIZAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - RECONHECIMENTO, PELO RELATOR DA CAUSA, DE QUE SE REVESTE DE DENSIDADE JURÍDICA A PRETENSÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DEDUZIDA PELOS LITISCONSORTES ATIVOS - INOBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DA RELAÇÃO DE RAZOÁVEL EQUIVALÊNCIA QUE NECESSARIAMENTE DEVE HAVER ENTRE O VALOR DA TAXA E O CUSTO DO SERVIÇO PRESTADO OU POSTO À DISPOSIÇÃO DO CONTRIBUINTE - OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA NÃO-CONFISCATORIEDADE (CF, ART. 150, IV) E DA PROPORCIONALIDADE (CF, ART. 5º, LIV) - ENTENDIMENTO DO RELATOR DE QUE, NÃO OBSTANTE CONFIGURADO O REQUISITO PERTINENTE À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA, NÃO SE REVELA PRESENTE, NO CASO, O PRESSUPOSTO DO "PERICULUM IN MORA" - DECISÃO DO PLENÁRIO, NO ENTANTO, QUE RECONHECEU CONFIGURADA, NA ESPÉCIE, A SITUAÇÃO CARACTERIZADORA DO "PERICULUM IN MORA", O QUE O LEVOU A NÃO REFERENDAR, POR TAL RAZÃO, A DECISÃO DO RELATOR - CONSEQUENTE DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS: SITUAÇÃO INOCORRENTE NA ESPÉCIE. CONSEQUENTE IDONEIDADE JURÍDICA DO MEIO PROCESSUAL UTILIZADO. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA NÃO-CONFISCATORIEDADE. - O ordenamento constitucional brasileiro, ao definir o estatuto dos contribuintes, instituiu, em favor dos sujeitos passivos que sofrem a ação fiscal dos entes estatais, expressiva garantia de ordem jurídica que limita, de modo significativo, o poder de tributar de que o Estado se acha investido. Dentre as garantias constitucionais que protegem o contribuinte, destaca-se, em face de seu caráter eminente, aquela que proíbe a utilização do tributo - de qualquer tributo - com efeito confiscatório (CF, art. 150, IV). - A Constituição da República, ao consagrar o postulado da não-confiscatoriedade, vedou qualquer medida, que, adotada pelo Estado, possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, em função da insuportabilidade da carga tributária, o exercício a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita, ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, p. ex.). - Conceito de tributação confiscatória: jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.010-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e o magistério da doutrina. A questão da insuportabilidade da carga tributária. TAXA: CORRESPONDÊNCIA ENTRE O VALOR EXIGIDO E O CUSTO DA ATIVIDADE ESTATAL. - A taxa,

Assim também o Código Tributário Nacional, recepcionado pela ordem constitucional vigente como norma complementar que tem a função de coordenar o sistema tributário cuida das taxas no seu Título IV, dispondo em seu art. 77 que as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, daí é possível inferir quais são os elementos constitutivos da taxa, autorizando defini-la de acordo com as regras do sistema.

Sendo a taxa instituída em razão do exercício do poder de polícia ou de serviço específico e divisível colocado à disposição do contribuinte, justifica-se apenas como fonte de custeio dessas atividades. Por isso, aliás, é que a base de cálculo de taxa precisa ter relação com uma grandeza relativa à atividade estatal e com o patrimônio do contribuinte.

Como tributo, do qual é espécie, a taxa se apresenta como uma prestação objeto da relação jurídica tributária. Prestação que o Estado (credor) tem o direito de exigir do

enquanto contraprestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei. - Se o valor da taxa, no entanto, ultrapassar o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, dando causa, assim, a uma situação de onerosidade excessiva, que descaracterize essa relação de equivalência entre os fatores referidos (o custo real do serviço, de um lado, e o valor exigido do contribuinte, de outro), configurar-se-á, então, quanto a essa modalidade de tributo, hipótese de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 150, IV, da Constituição da República. Jurisprudência. Doutrina. TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. - A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (ADI 2551 MC-QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ 20-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02229-01 PP-00025). Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 20.12.2012.

sujeito passivo (devedor), tendo em vista o seu poder de império (competência tributária), para atendimento de suas necessidades. A taxa, como qualquer tributo, é uma prestação exigida coativamente, através da lei. Logo, a taxa deve ser instituída em lei, sendo, portanto, compulsória.

Como espécie tributária, o pressuposto de fato contido em lei para dar nascimento à obrigação tributária é uma situação de fato dependente da atuação do Estado dirigida ao contribuinte. No desenho do respectivo fato gerador há sempre uma atividade estatal específica, essa hipótese legal deve estar dentro de duas áreas bem definidas pela Constituição: ou a atividade estatal é prestada em razão do exercício regular do poder de polícia ou em razão da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis.

Embora o destino da arrecadação não seja característico dos tributos em geral, podemos dizer que as taxas seguem lógica diversa, pois, são exigidas para atender atividade estatal dirigida ao contribuinte. O produto de sua arrecadação pretende cobrir os gastos com a atividade respectiva, não devendo ter destino alheio ao custeio da atividade estatal relacionada ao fato gerador da respectiva obrigação.

A atividade estatal no Brasil escolhida como hipóteses de incidência tributária deve ser inerente ao Poder Público, uma vez que os pressupostos constitucionais da taxa são: i) a atividade decorrente do exercício regular do poder de polícia; e ii) atividade decorrente da utilização de serviços públicos específicos e divisíveis.

No caso presente, a RDC nº. 90/2007 elegeu como serviço público especial, ao qual se emprestou a condição de divisível e específico, a utilização, pelos contribuintes, do serviço de fiscalização da produção de fumígenos. Se tais serviços puderem ser considerados uma contraprestação estatal específica e divisível, somente em contrário à lógica e ao bom senso, admitir-se-ia tal conclusão, porque, como ressaltava Aliomar Baleeiro¹²³, são conhecidos dos tribunais vários casos em que legisladores rebeldes à discriminação constitucional de rendas ou infensos à solução lógica de majoração dos tributos da competência local, nos casos de abertura dos

¹²³Aliomar Baleeiro. **Direito tributário brasileiro**. 1ª Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 539/567.

cofres públicos, preferem o caminho tortuoso da criação de falsas taxas, como disfarces de impostos de alheia competência”, cauteloso há de ser o julgador ao apreciar a arguição de vulneração do § 2º do art. 145 da Constituição Federal, até porque, ao prescrever que “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”, o legislador constituinte visou, dentre outros aspectos políticos, salvaguardar os contribuintes da bitributação, assegurando, também, a autonomia dos Estados e Municípios.

A certeza de que a taxa há de ter base de cálculo específica, própria de taxa, ligada ao fato gerador da respectiva obrigação, que consiste numa atuação estatal dirigida ao obrigado, respeitadas as normas de criação e majoração de tributos, previstas no CTN e na Constituição, além de fundamento jurisprudencial e doutrinário, temos guardada na própria lógica jurídica tributária. E mais, deve-se reconhecer a vedação à majoração de taxa por ato administrativo, sempre que detectada esta consequência na executividade do ato.

Além da demonstração de que a cobrança da taxa deve obedecer aos princípios constitucionais tributários, vale ainda ressaltar que o CTN proíbe que através de ato administrativo (natureza regulamentar) possa ser majorado tributo sem previsão legal. É que o sistema tributário nacional, vinculado à legalidade estrita (tipicidade tributária) veda que qualquer outro instrumento normativo crie ou majore obrigação tributária que não seja a lei.

Dispõe o art. 97, inciso II do CTN que somente a lei pode estabelecer majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto os casos especificados na legislação tributária. Complementa o parágrafo §1º do mesmo art. 97 que se equipara à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo que importe torná-lo mais oneroso.

A atuação regulatória da ANVISA, pois, esta majorando a taxa de vigilância sanitária exigida para registro de produtos fumígenos, quando cria um subtipo regulamentar, não previsto em lei e exigir para o peticionamento eletrônico de registro/renovação, a discriminação individualizada de produtos em razão de suas dimensões de modo

que tal atendimento implica em novo recolhimento de exação tributária, sem o devido amparo da lei.

No momento em que a Agencia Reguladora através de norma unicamente regulamentar traz um conceito expansivo do tipo tributário definido na norma, por via transversa, está a aumentar tributo sem Lei que a autorize. Viola assim a regra da tipicidade fechada admitida em nosso ordenamento e mais pacificado pela Jurisprudência.

Em ambas as situações o que se configura é uma norma de direito positivo infra legal como fonte originária de obrigação tributária, pratica que não encontra qualquer fundamento de ordem constitucional, cf. jurisprudência do STF, que em situação similar, onde, no curso da atividade estatal, o poder executivo faz da via regulamentar, fonte originária da obrigação tributária, confirmando sua ilegalidade¹²⁴. O que se vê, portanto, na linha do que expõe Floriano de Azevedo Marques Neto,

“A regulação estatal compreende toda a atividade sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo). Nesta acepção, o conceito de regulação designa toda a intervenção do Estado no

¹²⁴ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CUSTAS E EMOLUMENTOS: SERVENTIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 7, DE 30 DE JUNHO DE 1995, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ: ATO NORMATIVO. 1. Já ao tempo da Emenda Constitucional nº 1/69, julgando a Representação nº 1.094-SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que "as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais", por não serem preços públicos, "mas, sim, taxas, não podem ter seus valores fixados por decreto, sujeitos que estão ao princípio constitucional da legalidade (parágrafo 29 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69), garantia essa que não pode ser ladeada mediante delegação legislativa" (RTJ 141/430, julgamento ocorrido a 08/08/1984). 2. Orientação que reiterou, a 20/04/1990, no julgamento do RE nº 116.208-MG. 3. Esse entendimento persiste, sob a vigência da Constituição atual (de 1988), cujo art. 24 estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar sobre custas dos serviços forenses (inciso IV) e cujo art. 150, no inciso I, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, a exigência ou aumento de tributo, sem lei que o estabeleça. 4. O art. 145 admite a cobrança de "taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição". Tal conceito abrange não só as custas judiciais, mas, também, as extrajudiciais (emolumentos), pois estas resultam, igualmente, de serviço público, ainda que prestado em caráter particular (art. 236). Mas sempre fixadas por lei. No caso presente, a majoração de custas judiciais e extrajudiciais resultou de Resolução - do Tribunal de Justiça - e não de Lei formal, como exigido pela Constituição Federal. 5. Aqui não se trata de "simples correção monetária dos valores anteriormente fixados", mas de aumento do valor de custas judiciais e extrajudiciais, sem lei a respeito. 6. Ação Direta julgada procedente, para declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 07, de 30 de junho de 1995, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da ADI 1444, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2003, DJ 11-04-2003 PP-00025 EMENT VOL-02106-01 PP-00046). Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acessado em 20.12.2012.

comportamento econômico das empresas privadas, ficando de fora a participação direta do Estado na própria atividade econômica. Toda a atividade do poder público no campo da economia que não implique nem na assunção da exploração direta de atividade econômica por ente estatal mesmo que em regime de mercado. A regulação estatal é, pois uma forma de intervenção do poder público sobre o campo da economia, onde em regra deve imperar a liberdade dos agentes econômicos. Porém, trata-se de uma intervenção indireta, não demandante da assunção da exploração da atividade diretamente pelo poder público¹²⁵.”

Onde não houver espaço para uma atuação administrativa, não haverá espaço para o regulamento. Onde não houver liberdade administrativa a ser exercitada (discricionariedade) – por estar prefigurado na lei o único modo possível de comportamento da Administração não haverá lugar para regulamento que não seja repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente¹²⁶.

Com efeito, salvo quando têm em mira a especificidade de situações redutíveis e reduzidas a um padrão objetivo predeterminado, a generalidade da lei e seu caráter abstrato particularização normativa ulterior. Daí que o regulamento discricionariamente os precede e, assim, cerceia a liberdade de comportamentos dos órgãos e agentes administrativos para além dos cerceios da lei, impondo, destarte, padrões de conduta que correspondem aos critérios administrativos a serem obrigatoriamente observados na aplicação da lei aos casos particulares¹²⁷.

Em que pese nossa concordância com Floriano de Azevedo Marques até esse momento, ao tratar da discricionariedade técnica é que ousamos discordar para expor que a partir da contribuições da teoria sistêmica é possível buscar um critério de reconhecimento de que há opções (técnicas) a serem feitas pelo agente público que pretenda a melhor aplicação da norma.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto,

“não há discricionariedade propriamente dita. Não há opções a serem feitas por critérios de oportunidade e conveniência. Não há decisão política a ser tomada conforme avaliação do interesse público. Existe uma solução única a ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência. Quando um ente administrativo baixa atos

¹²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br> >. Acesso em: 20 de novembro de 2011.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Idem.

normativos definindo conceitos indeterminados, especialmente os conceitos técnicos e os conceitos de experiência, ele não está exercendo o poder regulamentar, porque este supõe a existência de discricionariedade administrativa propriamente dita, a qual, no caso, não existe.¹²⁸

O autor explica sua posição da seguinte maneira:

“Se a lei fala, por exemplo, em produtos perigosos para a saúde, a agência pode baixar ato normativo definindo esses produtos ou mesmo elaborando uma lista dos mesmos; isto não se insere no poder regulamentar, porque se trata de conceito técnico cujo conteúdo é dado por conhecimentos científicos de que a agência dispõe para fazê-lo. Em resumo, o exercício do poder regulamentar só existe quando a lei deixa ao Poder Executivo certa margem de discricionariedade para decidir como a lei vai ser cumprida. É o Poder Executivo que vai fazer a escolha da melhor solução diante do interesse público a atingir. Aí, sim, trata-se de discricionariedade administrativa propriamente dita, porque envolve a possibilidade de opção entre alternativas igualmente válidas perante o direito. No caso da discricionariedade técnica essas alternativas não existem, porque o conceito utilizado é de natureza técnica e vai ser definido com base em critérios técnicos extraídos da ciência. Daí a importância da especialização própria das agências reguladoras¹²⁹

Os problemas não se limitam apenas aos aspectos decisórios da agência de regulação, havendo dificuldades que também se apresentam até mesmo no controle judicial da chamada discricionariedade técnica.

Fabio Medina Osório¹³⁰ chama atenção para outro equívoco quando se trata da chamada discricionariedade técnica, notadamente quanto ao juízo de avaliação nas bancas examinadoras de concursos públicos, onde em tese, haveria por parte da banca critérios técnicos mais objetivos para valoração de questões de provas em concursos públicos. Existem julgados¹³¹ com orientação restritiva em matéria de

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 09, fev/mar/abr, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 20.011.2011.

¹³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril/maio, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 08 de novembro 2011.

¹³¹ “33154393 – ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – CRITÉRIO DE CORREÇÃO DE PROVA – ALTERAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO – ILEGALIDADE – 1. É defeso ao judiciário alterar os critérios estabelecidos por Comissão Examinadora de Concurso Público para correção de provas. 2. Apenas ilegalidade praticada pela Comissão Examinadora enseja revisão do ato pelo Judiciário. 3. Sentença denegatória mantida. 4. Apelação improvida” (TRF 1ª R. – AMS 199401231915 – DF – 2ª T. – Relª Juíza Conv. Solange Salgado – DJU 11.06.2001 – p. 111). “17000916 – CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO – CRITÉRIO DE CORREÇÃO DE PROVAS – REEXAME – IMPOSSIBILIDADE – MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO DESEMBARGADOR CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA – Mandado de Segurança. Concurso público. Alegação de equívoco de banca examinadora na adoção de critérios

controle da discricionariedade das bancas examinadoras nos concursos públicos que segundo ele:

“quando se examinam de perto as decisões judiciais, observa-se que os Tribunais têm consagrado um caminho perigoso e temerário aos administradores públicos, outorgando-lhes um passaporte que vai da discricionariedade à arbitrariedade administrativa. Esse trajeto – da discricionariedade à arbitrariedade – tem permanecido, na maior parte das vezes, imune aos controles, facilitando-se as flagrantes injustiças e distorções, com perspectivas, inclusive, de responsabilidade patrimonial do Estado por injustiças e erros manifestos, sem falar no péssimo exemplo de má conduta administrativa, dando-se ares de legitimidade a comportamentos ilícitos.

O equívoco desses julgados, para Fabio Medina Osório¹³², evidencia a necessidade de reverter a orientação restritiva e conservadora, pois, ao seu ver, equivocada, em suas bases teóricas já que reconhecendo limites técnicos a esses administradores que elaboram e corrigem provas em concursos públicos, em homenagem à ciência jurídica e às fontes formais do Direito, bem assim aos princípios constitucionais que governam a Administração Pública brasileira (art.37 CF).

corretivos. Preliminar de falta de interesse de agir que se repele, quando os pontos, cuja atribuição é pelo impetrante pretendida, embora não lhe pudessem garantir classificação, dentro do número de vagas oferecidas, seriam nada obstante, suficientes para lhe assegurar aprovação no certame. Descabimento da impetração que busca a reapreciação, pelo Poder Judiciário, dos critérios, adotados pela banca, para a correção de provas, com desconsideração do princípio constitucional da isonomia que assegura a todos tratamento igualitário. Segurança denegada” (MGS) (TJRJ – MS 487/97 – Reg. 070498 – Cód. 97.004.00487 – O.Esp. – Rel.^a Juíza Áurea Pimentel Pereira – J. 09.02.1998).

“17004465 – CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO – CRITÉRIO DE CORREÇÃO DE PROVAS – REEXAME – IMPOSSIBILIDADE – Concurso público. Critério de Correção da Prova. Reexame pelo Judiciário. Impossibilidade. São reservados à banca examinadora do concurso os critérios de correção da prova, que os aplica uniformemente a todos os concorrentes, vedado ao Judiciário substituir-se aos examinadores para atribuir nota a este ou aquele candidato. Também aqui a atuação da Justiça se limita ao aspecto da legalidade formal e material do concurso, não lhe sendo lícito arvorar-se em examinador dos examinadores. Desprovisionamento do recurso” (TJRJ – AC 1701/97 – Reg. 120897 – Cód. 97.001.01701 – RJ – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – J. 27.05.1997). “17004502 – CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO – CRITÉRIO DE CORREÇÃO DE PROVAS – REEXAME DA PROVA – IMPOSSIBILIDADE – Concurso público. Reexame de questões de prova. Inadmissibilidade. Ao Judiciário somente é permissível a apreciação da legalidade ou ilegalidade do ato administrativo. Inadmissível, por indevido, o exame subjetivo do acerto ou não da formulação das questões pela banca examinadora, com suas respectivas respostas dadas como corretas. Apelo improvido. (TJRJ – AC 1908/97 – (Reg. 191297) – Cód. 97.001.01908 – RJ – 9ª C.Cív. – Rel. Des. Ruy Monteiro de Carvalho – J. 06.08.1997).

“17011656 – CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO – CONCURSO DE PROVAS E TÍTULOS – CRITÉRIO DE CORREÇÃO DE PROVAS – Administrativo. Concurso público. Não cabe ao Magistrado interferir no critério de correção de provas e atribuição de nota estipulado por banca examinadora. Desprovisionamento do apelo” (TJRJ – AC 6618/95 – Reg. 230896 – Cód. 95.001.06618 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Perlingeiro Lovisi – J. 21.05.1996).

¹³² OSÓRIO, Fábio Medina. Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 de novembro 2011.

E neste particular a teoria de Luhmann parece bem proveitosa para oferecer a reintrodução de um programa formal de análise do fenômeno jurídico. Em grandes linhas, a correlação entre os vários subsistemas do sistema social e a função do direito como intermediário entre subsistema administrativo e todos os demais, é necessário localizar com maior precisão os elementos especificamente jurídicos do procedimento decisório da administração a respeito da sua relação com os procedimentos mais eficientes e automáticos da burocracia estatal.

O direito, no modelo de *inputs* e *outputs*, aparece como conjunto de premissas às decisões administrativas. Ou seja, a teoria dos sistemas permite concluir que o ordenamento jurídico administrativo não se põe aberto aos conceitos indeterminados, notadamente quando a lei não estabelecer os específicos limites de sua atuação discricionária, mas o direito é o único fundamento pelo qual a administração pública toma suas decisões e por isso, o direito é o ambiente desse subsistema denominado de administração pública.

A administração para Luhmann é um sistema organizado de comportamentos decisórios factuais.¹³³ O direito moderno se caracteriza pela passagem da solução externa para a interna, acompanhada de uma organização cada vez mais complexa do processo decisório no interior do sistema. A burocracia estatal avocou para si não apenas a determinação dos objetivos, como também o estabelecimento do direito.

Este estabelecimento positivo do direito para Luhmann¹³⁴ se dá através de um procedimento que pode ser dividido em quatro segmentos: a) o direito separado de sua finalidade; b) apresentando a forma de programa condicional; c) apresentando-se sob a forma de casos concretos com informações que a administração considere relevantes e d) os enunciados de direito apresentados de forma geral e estruturados de maneira indeterminada.

Neste sentido o direito pode desempenhar duas funções determinadas: com outros subsistemas oferece a “retaguarda” ao sistema da administração, permitindo que

¹³³ Mario Losano. **Sistema e estrutura no direito: do século XX à pós-modernidade**. São Paulo, Martins Fontes, 2010, pp. 346.

¹³⁴ Niklas Luhmann. Apud: Mario Losano. Sistema e estrutura no direito. *idem*, pp. 347.

opere sobre suas regras, sempre no sentido de pressupor que ele age vocacionado para o bem comum e com a função de atuar no interior do transformando as condições do ambiente (administração pública) em condições de existência do direito.

A proposta luhmaniana, de certo modo, inverte a visão tradicional do pensamento jurídico, pois, a norma não se coloca como uma condição *a priori* de decisão, mas ao contrário, configura o produto de uma decisão da administração pública. As normas são estruturadas pelo sistema e é, ao mesmo tempo, por ele estruturado.

Os dados do ambiente em que a decisão administrativa será tomada, funciona como premissa para a decisão e esses dados (do ambiente) são traduzidos para a linguagem da administração pública sempre intermediada pelo direito. E nesse ponto a administração se relaciona com o direito para intermediar a relação daquele com esta.

O direito aparece para Luhmann, como um conjunto de premissas administrativas das quais se fundamenta a vinculatividade mesmo não sendo o único fundamento da administração pública no ambiente. Nas palavras de Luhmann¹³⁵, *o direito oferece uma base operacional atacável na prática garantindo certa autonomia em relação ao ambiente.*

Apesar da existência de críticas acerca do seu instrumental teórico, a acusação de que sua teoria sistêmica não poderia ser aplicada ao direito brasileiro¹³⁶ não nos parece apropriada. A teoria dos sistemas pode ser utilizada como uma interessante tecnologia de observação da organização administrativa, o modo como essa organização se estrutura para as decisões discricionárias. Reconhecemos que a tecnologia luhmaniana não pode apresenta uma formulação de uma eidética da decisão discricionária, mas serve ao observador como uma importante teoria descritiva de sua organização e do modo como ela pode ser funcionalmente e estruturalmente melhorada a partir de uma observação.

¹³⁵ Niklas Luhmann. El derecho del la sociedad. Idem, pp. 345.

¹³⁶ A esse respeito ver Orlando Vilas Boas Filho. **A teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 395.

Para que essa tecnologia seja compreendida nos limites desse trabalho, se faz necessário proceder a um breve aporte sobre a teoria dos sistemas, seus conceitos e sua difusão no Brasil, conforme faremos no capítulo a seguir.

4. A TEORIA DOS SISTEMAS E O DIREITO

4.1. Um panorama sobre a teoria dos sistemas e sua presença no direito brasileiro.

Niklas Luhmann é lembrado como o mais importante teórico social do século XX. Na maior parte do mundo anglo-saxão ele ainda é virtualmente desconhecido entre os cientistas sociais profissionais. Nasceu em Lünemburgo na Alemanha em 08 de dezembro de 1927. Depois de se formar, foi recrutado em 1944 para Guerra. Foi prisioneiro das Forças Americanas. Com fim do conflito, estudou direito em Friburgo entre 1946 a 1949 e entrou para o serviço público, local onde trabalhou por 10 anos como advogado administrativo em Hanover.

Em 1962, após receber uma bolsa de estudos foi para Harvard onde estudou com Talcott Parsons. Em 1968 foi nomeado professor de sociologia na Universidade de Bielefeld e lá trabalhou até se aposentar. Pouco antes de sua nomeação, perguntaram-lhe com que objeto desejaria trabalhar na universidade. Sua resposta foi: “*A teoria da sociedade moderna. Duração: 30 anos; sem custos*”¹³⁷.

No momento de sua morte, em dezembro de 1998, aos 70 anos de idade, sua obra consistia em mais de 14.000 páginas publicadas. A trajetória de Luhmann em direção à teoria da sociedade moderna deu-se por meio de dois enfoques: na forma de ensaios, desde o fim dos anos 60 e a partir dos anos 80 na forma de monografias sobre sistemas individuais de funcionamento da sociedade tais como direito, ciência e arte.

Em 1997 com a publicação de seu trabalho *A sociedade da sociedade* Luhmann atinge seu propósito. Esse trabalho não contém nenhum assunto novo ou qualquer enfoque inédito, representa uma recapitulação de sua obra. Contrastando com os ensaios que ocasionalmente terminam num ponto de interrogação, a obra de

¹³⁷BECHMANN, Gotthard & STEHR, Nico. Niklas Luhmann. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 13(2): 185-200, novembro de 2001.

Luhmann é a pedra final de sua teoria e fornece um guia para a compreensão de sua teoria dos sistemas¹³⁸.

Em torno desse trabalho principal, outras análises anteriores e individuais como *a ciência da sociedade; a economia da sociedade; a arte da sociedade; o direito da sociedade* e os dois livros póstumos: *A política da sociedade* e *A religião da sociedade* e *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Esse trabalho constitui uma apresentação do núcleo teórico de do pensamento de Luhmann¹³⁹.

Os primeiros escritos de Luhamnn foram publicados depois de seu encontro com a teoria de Talcott Parsons nos Estados Unidos e após a sua experiencia na escola Superior de Ciencias Administrativas em Speyer. Instituição de nível superior especializada em estudos administrativos. Por esta razão um de seus primeiros trabalhos publicados dedicou-se ao tema do direito administrativo em uma análise sociológica da atividade administrativa.

Em sua teoria Luhamnn reconhece em Max Weber o primeiro autor a tomar consciencia de um processo de secularização com a racionalização do pensamento humano. Ainda que Weber não tenha trabalhado com a noção de sistema, foi o primeiro a introduzir a correlação entre a racionalidade e o agir, o que, para a sociologia, era a originalidade da tese weberiana de colocar como fundamento da sociologia o conceito de agir social.

Essa correlação entre a racionalidade e agir é o que Edmund Husserl¹⁴⁰ chamou mais tarde de *dotação de sentido*. Para captar a dimensão dessa questão é preciso ter em conta o cenário teórico conceitual no qual Luhmann estava imerso tem grande contribuição da fenomenologia husserliana e que oferece a teoria sistêmica-estrutural, um aparato analítico de grande significação e sofisticação para a construção da teoria dos sistemas.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ BECHMANN, Gotthard & STEHR, Nico. Niklas Luhmann. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, 13(2): 185-200, novembro de 2001.

¹⁴⁰ Edmund Husserl. **Ideias a uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. Campinas, Ideias & Letras, 2006.

Segundo Willis Santiago Guerra Filho¹⁴¹:

“a teoria social sistêmica elaborada por Luhmann é desenvolvida a partir de um conceito de sociedade que não é nem humanista nem regionalista. Isso significa que para ela, a sociedade não é formada pelo conjunto de seus integrantes, os seres humanos, assim como não há para ela uma sociedade delimitada por critérios geo-políticos - a sociedade brasileira, latino-americana, européia, etc. A Sociedade, para a teoria de sistemas luhmanniana, é a sociedade mundial que se forma modernamente.”

Assim, para Luhmann, o que a compõe a relação da sociedade não são os seres humanos que a ela pertencem, mas sim a comunicação entre eles, que nela circula de várias formas. Só a comunicação se autorreproduz, donde se qualificar como autopoieticos os sistemas de comunicação da sociedade.

O sentido da comunicação varia de acordo com o sistema no qual ela está sendo veiculada e as pessoas são os meios através dos quais se processam essas comunicações. Assim como computadores, telefones, esses componentes, contudo, não pertencem aos sistemas sociais e, sim ao seu meio ambiente. Os seres humanos, enquanto seres biológicos são sistemas biológicos, autopoieticos e enquanto seres pensantes são também sistemas psíquicos autopoieticos.

Sem a consciência decorrente do aparato psíquico não haveria comunicação e logo também não haveria sistemas sociais. Sem essa rede neuronal não haveriam pensamentos. O que não há é uma relação causal entre imagens e pensamentos como os que temos, enquanto seres humanos, como demonstra o fato de que os demais seres portadores de redes neurais não dispõem de uma elaboração simbólica como nós.

É a linguagem, então a primeira condição para que se dê o acoplamento (estrutural) entre sistemas auto(conscientes) e sistemas sociais (autopoieticos) de comunicação. Os sistemas sociais, como todo sistema, se mantém sem dissipar-se no meio-ambiente em que existem enquanto se mantém sua estrutura e enquanto for apto para diferenciar-se nesse meio ambiente, com o qual “faz fronteira”. Sistemas psíquicos (biológicos) e sistemas de comunicação (sociais), por mais que estejam cognitivamente abertos para o meio ambiente, para dele se diferenciarem, fecham-

¹⁴¹GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiése do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 116.

se em um operar, o que significa reagir ao (e no) ambiente por autoreferência, sem contato direto com ele.

A estrutura dos sistemas sociais fica no seu centro, sendo nele onde se determina o tipo de comunicação produzida pelo sistema; Em volta do centro, protegendo-o, tem-se a chamada periferia do sistema, através do qual ela entra em contato com o meio ambiente e demais sistemas ali existentes. Desde as fronteiras de um dado sistema até o seu centro, - em uma periferia, portanto, formam-se “zonas de interpenetração”, onde os sistemas, nos termos de Luhmann, “irritam-se” em decorrência de seu “acoplamento estrutural” com outros sistemas. Esse acoplamento necessita ser viabilizado por certos meios. O meio principal de acoplamento entre o Sistema do Direito e o Sistema da Política, por exemplo, segundo Luhmann, são as constituições¹⁴².

Para entender isso é necessário ter em mente que o judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico, pois é quem determina em última instância o que é e o que não é direito. Da mesma forma, os demais poderes do Estado, legislativo e executivo, ocupam o centro do sistema político, mas assim como o judiciário têm na constituição as pautas mais importantes de balizamento da ação de seus componentes. Este “centro do centro”, então, é onde se dá o acoplamento estrutural do sistema jurídico com outros, e não só com o sistema político. Também a educação, a ciência, a arte, a religião, a economia, a mídia e todos os demais sistemas sociais penetram no direito e são por ele penetrados (ou “irritados”) principalmente por via de interpretações a partir do que se acha disposto na constituição, interpretações essas que são feitas por juristas, juizes e demais operadores jurídicos e, mesmo, por jornalista, padres, cientistas, enfim, todos os cidadãos, e essas interpretações todas influenciam (“irritam”) os que, de uma formam ou de outra, integram o judiciário, levando os membros das instâncias superiores a fazerem a interpretação que prevalece, em um sistema jurídico autopoietico - e, logo, autônomo.¹⁴³

¹⁴²Niklas Luhmann. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Narrafate. México, Herder, 2002, pp.228.

¹⁴³GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiése do Direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

A teoria da sociedade fornece um novo arsenal teórico para a compreensão da sociedade cuja amplitude ainda não foi suficientemente avaliada pelos juristas. O trabalho de Luhmann *La sociedad de la sociedad*¹⁴⁴, é exemplar para a transformação do modo de pensar tradicional do direito, notadamente, centrando sobre as categorias de complexidade e risco e suas relações com a democracia.

A “complexidade” é um dos principais problemas da teoria da sociedade e, portanto, da teoria dos sistemas sociais. Neste sentido, a teoria da sociedade, segundo Luhmann e De Giorgi, ao lado de conceitos como de diferenciação e complexidade, são vistos como fundamental para a delimitação, observação e descrição de um sistema.

A distinção que constitui a complexidade tem a forma de um paradoxo: complexidade é a unidade de uma multiplicidade¹⁴⁵. Já o conceito de “risco” é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades da decisão.

Na literatura tradicional, o risco vem geralmente acompanhado da reflexão sobre a segurança. De Giorgi prefere colocar o risco em oposição com o “perigo”, por entender que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes que não permitem mais falar-se de decisão segura. A teoria da sociedade é, portanto, uma grande vantagem para o jurista já que devido a sua enorme capacidade de análise permite uma nova problematização da teoria jurídica, até então, circunscrita basicamente aos seus níveis analítico, semântico e pragmático.¹⁴⁶ Representadas respectivamente pelo normativismo da teoria geral do direito, pela hermenêutica jurídica e pelos usos retóricos e decisórios da linguagem do direito. Para associarmos os conceitos de Luhmann à atuação discricionária da administração pública é preciso, no entanto, compreender a proposta do autor alemão, o enquadramento de sua teoria, ainda que sob aspectos gerais.

¹⁴⁴ Niklas Luhmann e Rafaela De Giorgi. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Narrafate, México, 2006.

¹⁴⁵ Idem, pp.41.

¹⁴⁶ Leonel Severo Rocha. **Direito, complexidade e risco**. Revista Sequência, nº 28, Florianópolis, junho/94, pp. 01/14.

Luhmann estava preocupado com a crescente mecanização das atividades decisórias e a possibilidade de inserção, processo decisório da burocracia administrativa de máquinas para elaboração dos dados que pudessem de forma autônoma, ser racionalizadas. Na época Luhmann estava a propor a introdução de certos critérios de tolerância trazidos para inevitáveis erros decisórios, evitando assim a utopia da administração sem erros.

4.2. O direito como tecnologia formal e o problema da decidibilidade em parâmetros democráticos.

Temos como premissa que a constituição oferece um horizonte hermenêutico capaz de dar respostas aos problemas de conflitos autoridades normativas. Certamente não se trata de uma renovada forma de avaliar a hierarquia das fontes porque essas foram bem apresentadas pela teoria do ordenamento (Kelsen e Bobbio), mas sim oferecer respostas a um novo padrão de decidibilidade da administração pública: a multiplicidade de sujeitos que recebem a outorga da lei para tratar discricionariamente certos assuntos, por vezes sobrepondo a validade de suas respectivas competências.

Como será possível em uma sociedade complexa, destacada pelas contingências, assegurar o controle das expectativas de comportamento por parte do sistema jurídico. Se aqui evidentemente está a vocação, por vezes paralisante, do ordenamento jurídico, em tempos como esses elas se fazem necessários diante de elevado nível de complexidade da sociedade e dos desafios apresentados no âmbito da gestão pública.

O direito ambiental oferece um grande número de situações, como vimos na análise de situações concretas acima delineadas, apresentam essas contingências especialmente quando se trata de competências materiais outorgadas pela constituição aos entes da federação brasileira. Todos os membros da federação recebem a competência material para tratar de meio ambiente, inclusive a emissão de licenças ambientais o que por certo cria dificuldades práticas quando há divergências (irritações) entre a compreensão das diferentes esferas federativas.

Sergio Guerra sustenta que as escolhas determinativas de conceitos e escolhas discricionárias ainda existem e devem permanecer no cardápio disponível para a atuação estatal executiva.

Contudo, sustenta que em algumas situações nas quais se requer a análise de diversos fatores, dados empíricos, interesses e impactos multilaterais, que somados levam à legitimidade dessas escolhas junto à sociedade, não se pode pensar em simplesmente executar o que está indicado na lei seja por uma suposta delegação legislativa, seja no estrito espaço da função regulamentadora¹⁴⁷.

Estudos de situações problema como as que foram acima apresentados certamente servem para evidenciar que a questão vai muito além do plano jurídico, comportando uma solução que exige uma compreensão do acoplamento estrutural que existe entre o jurídico e o político no que se refere à discricionariedade administrativa.

Conforme sustenta Sergio Guerra¹⁴⁸, os efeitos prospectivos que devem ser considerados para evitar riscos advindos da complexidade cotidiana deve ter em conta a perfeita concepção de tecnicidade dos atos regulatórios para que esta ameaça não seja um instrumento de embaraço ao estado democrático em construção no Brasil. Deve-se preocupar com a especialização dos ramos jurídicos, notadamente aqueles que servem de suporte à atuação discricionária da administração pública para que a pluralidade de fontes não implique em atritos ao equilíbrio do sistema, preservando a hierarquia normativa, a unidade e o sopesamento de regras e princípios norteadores da função administrativa.

Se considerarmos que a evolução tecnológica e científica põe em risco em risco de mudanças cada vez maior os valores vigentes em uma determinada sociedade, certamente também traz riscos sistêmicos devendo haver sempre a preocupação do sistema (administrativo) com as consequências de suas escolhas¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Sergio Guerra. **Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte, Fórum, 2008, pp. 426.

¹⁴⁸ Idem, pp. 427.

¹⁴⁹ Sergio Guerra. Idem, pp. 437.

4.3. A teoria dos sistemas e sua proposta: uma possibilidade descritiva para a administração no Estado contemporâneo.

Desta feita, os sistemas administrativos elaboram informações que chegam do exterior segundo programas decisórios e que são próprios da administração pública e que, diferentemente das normas e das finalidades, originadas no interior da administração, estão ligados ao fluxo de informações entre sistema e ambiente, ou seja, operam segundo seus padrões de sistemas abertos.

Uma vez que o sistema administrativo tem uma relação com o ambiente para alcançar um fim predeterminado, dois modelos podem se relacionar com os programas e dados do ambiente da administração pública: um modelo causal, também chamado de condicional e o modelo finalizante ou finalístico.

No modelo causal, a informação de entrada resulta apenas uma decisão, ou seja, quando se põe a decisão administrativa diante de um fato que exige apenas uma decisão, não há como o sistema oferecer outras respostas que não aquelas vinculadas ao modelo estabelecido pelo sistema. Se uma regra da administração pública estabelecer que a aquisição de alimentos perecíveis para as escolas secundárias não podem ser servidos fora do prazo de validade, outra não pode ser a solução senão desfazer-se dos alimentos que pereceram. Este modelo se aproxima em sua finalidade com o modelo condicional das decisões administrativas, pois permite através de sua finalidade o prestabelecimento das alternativas possíveis.

Já o modelo finalizado, em razão da pluralidade de decisões, podem ser tomadas de maneira comum à finalidade do sistema; ou seja, ao receber um impulso do ambiente fático a que está submetido a administração, pode decidir atingir a finalidade através da decisão “a” ou “b”, mas sempre deverá estar programado à atingir a finalidade estabelecida pelo sistema. O modelo de programa finalizado está sempre vocacionado a atingir seu objetivo através do esquema regra/exceção.

O programa condicional (se-então) sempre se deixa traduzir em normas jurídicas mais facilmente do que o programa finalístico. Isso porque este, sob o aspecto

jurídico apresenta sempre maiores dificuldades de compreensão em relação aos programas causais.

Mas é exatamente através da apresentação do programa finalístico que a proposta de Luhmann permite a retomada de conceitos tradicionais do direito administrativo, tais como a discricionariedade e os conceitos indeterminados.

Para uma compreensão melhor da proposta luhmaniana, vale lembrar que boa parte de seu raciocínio se inspira nas noções de programação que são hauridas da cibernética e da ciência da administração. Na programação de um computador as duas saídas de um programa condicional estão sempre predeterminadas (inputs-outputs). A administração dispõe de uma discricionariedade de decisão que nem sempre é automatizável. Por isso, somente a máquina é capaz de programar objetivos de maneira inteiramente condicional. Na administração, porém, a situação é diferente e por isso as concepções modernas sobre as finalidades da administração pública tendem a abandonar qualquer modelo mecanicista como modelo decisório para a administração.

Nesse contexto, para assegurar a certeza do direito, o estado moderno tende a fazer prevalecer o programa condicional que garante uma maior segurança na relação causa e efeito. Todavia, tais programas não são inconciliáveis. Em verdade, eles são complementares já que estão presentes em todo o ambiente da administração. Situações que exigem escolhas condicionais e situações de fato que exigem escolhas finalísticas.

Nesse processo decisório, o direito assim estruturado serve como filtro entre a administração pública e o ambiente. A decisão (output) não é mais a reação do administrador como pessoa a determinado pedido (input), mas é a resposta impessoal do subsistema administrativo à expectativa proveniente de outro subsistema. O direito dá apenas uma forma à decisão e esta serve para neutralizar a pessoa de quem decide como fator que contribui para a decisão. Essa divisão de funções traça os limites entre a administração e o público e fundamenta a autonomia

sistêmica da administração: a forma condicional é, portanto, a forma do programa decisório da burocracia estatal¹⁵⁰.

O discurso sobre o programa condicional muito se assemelha a proposta de Hans Kelsen sobre a norma como juízo hipotético. De fato Luhmann parece interpretar a teoria de Kelsen como uma teoria condicional da norma, mas para Luhmann, a norma implica diferentes expectativas de comportamento na burocracia, pois, assume formulações diferentes conforme seja interpretada pelo gestor ou pelo administrado.

A noção de programa condicional é parte integrante da teoria de Luhmann, porque a tradução do direito em programas decisórios serve para transformá-lo em direito positivo. Essa noção, certamente reaparecerá em uma obra importante de Luhmann¹⁵¹, onde o autor reconhece que o uso da cibernética (informática) permite que programas condicionais também sejam utilizados na administração pública.

A noção de programa utilizada por Luhmann será haurida da sociologia das organizações. A experiência por ele adquirida na Escola Superior de Administração em Spyer, onde lecionou de 1962 a 1965, lhe permitiu a elaboração de um conceito de programa útil aos sistemas sociais. Em Luhmann o conceito de programa está a meio caminho entre a cibernética (informática) e a ideia de rotina como uma noção da técnica administrativa.

Seu conceito, contudo é mais amplo e geral do que a noção de programa de computador. Para Luhmann, sistemas complexos não podem funcionar simplesmente como programas rituais de ação que prescrevem exatamente quais comportamentos já estão previstos para oferecimento de respostas. Os procedimentos têm, sobretudo, funções integrativas e que servem a ordem interna de um sistema social, como é o caso da administração pública.

¹⁵⁰ Niklas Luhmann. Direito e automação, idem, pp. 43. Apud: Mario Losano, idem, pp. 355.

¹⁵¹ Niklas Luhmann. **Sociologia do direito**. Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1995.

Para enfrentar um ambiente mutável, como é o ambiente externo da administração, os sistemas sociais (administração pública) devem escolher programas decisórios mais flexíveis, ou seja, optar entre programas condicionais e finalísticos de acordo com a complexidade de situações fáticas submetidas pelo ambiente.

Os instrumentos utilizados pela teoria dos sistemas permitem uma melhor coordenação entre estrutura e função do sistema jurídico. A compreensão de que todo modelo equilibrado pressupõe a existência de mecanismos de integração e socialização dos controles. Estes controles já estão contidos nas estruturas sociais e na própria administração pública, notadamente, estabelecendo os valores estruturais, os papéis dos agentes, referências aos interesses coletivos – que nada mais são do que a totalidade fundada em sentido e valores comuns – a integração de expectativas dos agentes que fazem parte do sistema a partir do padrão de valores integrativos comuns que serão designados pela institucionalização.¹⁵²

A repetição de gestos da administração, diz Luhmann, nada mais é do que a repetição de decisões e cada decisão é comunicação. O que caracteriza a administração são os seus programas decisórios sendo a rotina um tipo especial de programa decisório.

Se a administração é um (sub) sistema social, portanto, aberto aos estímulos do ambiente, ele pode estar em constante adaptação. Essa noção permite entender que a administração é um sistema social de limites estáveis e ao menos previsíveis já que ela se move em um mundo comunicacional e existe um previo conhecimento sobre quais as possibilidades de comunicação no âmbito da administração pública.

Isso implica reconhecer que se digo que moralidade administrativa é regra a ser seguida pela administração pública e o ambiente em que a administração está inserido permite o estabelecimento das fronteiras do que não é moralmente aceitável para padrões de decisão administrativa, posso reconhecer que os limites da

¹⁵² Cf. Alfred Büllesbach. **Princípios da teoria dos sistemas**. In: A. Kaufmann e W. Hassemer. Introdução à filosofia do direito e teoria do direito contemporâneas. 2ª ed, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 419/429.

moralidade e da não moralidade administrativa são postos de forma mais ou menos intuída pelos agentes públicos.

Certamente que essa intuição não está livre dos desvios de mal comportamento, mas eles devem ser reconhecidos como variações existentes na rotina da administração e por isso mesmo, capazes de previsão com expectativa de punição.

No melhor dos mundos para a teoria dos sistemas, a interação dos sistemas não vai conduzir a atuação administrativa à perfeição de agentes probos, moralmente conscientes e incorruptíveis; para a concepção sistêmica a eficiência do programa (rotina decisória) será bem sucedida com a previsibilidade dos desvios e a possibilidade de apresentar respostas às expectativas diante da ruptura do programa.

Pode-se então questionar se a administração estaria capacitada a dar essas respostas. Pensamos que sim. Isso porque seus programas – rotinas decisórias – podem ser previamente pensadas a partir da experiência. Anos e anos de gestão pública permite aos órgãos da administração o acúmulo de experiência suficientemente capaz de criar respostas para desvios possíveis e isso pode conferir estabilidade ao sistema administrativo.

Os programas de rotinas decisórias são típicas no mundo jurídico; é assim que acontece nos tribunais, embora esses desempenhem uma função diferente da administração pública no sistema da sociedade. Mas a ocorrência de um caso concreto provoca sempre a tomada de uma decisão.

Para Luhmann, os métodos de decisão, pura e simples, tomadas no âmbito da administração tem sido objeto de reflexão notadamente em busca de uma racionalização. Essa preocupação resulta de uma grande crítica acerca das verdades das premissas de valor como também a verificação da grande complexidade que existe nos problemas postos para a decisão da administração pública¹⁵³.

¹⁵³ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria Conceição Côrte Real, Brasília, Ed. UnB, 1980, pp. 163-176.

5. A FENOMENOLOGIA E SUA CONTRIBUIÇÃO À TEORIA DOS SISTEMAS.

5.1. A função e o valor ontológico da segurança (jurídica): a reconstrução da noção de objetividade.

O objetivo deste capítulo é refletir sobre as possibilidades de uso do método fenomenológico para propor uma revisão da eidética do ato administrativo discricionário além da observação proposta pela teoria dos sistemas e assim ajudar na formulação de uma apresentação alternativa da discricionariedade administrativa. De certa maneira, uma teoria da discricionariedade não pode perder de vista a realização de um valor humano e isso é possível no sistema jurídico quando através do vetor da comunicação os valores são reintroduzidos na questão fundamental do decidir da administração pública.

Luis Recaséns Siches¹⁵⁴ ao tratar da fenomenologia aplicada ao direito¹⁵⁵ disse que o grande mérito da fenomenologia, ao se contrapor ao pensamento empirista e positivista, foi reconhecer que o conhecimento não se dá apenas pela experiência estabelecida a partir da observação, mas de que é possível construir uma ontologia objetiva a partir da experiência¹⁵⁶.

Segundo **Recaséns**, Husserl dedicou uma grande parte de seus estudos não apenas à lógica formal, mas também em relação a conteúdos constitutivos das essências das coisas, constitutivos de sentido e significado. Para ele a essência pode ser captada através de uma intuição que revela o modo imediato como as coisas se mostram.

É certo que mesmo em uma perspectiva fenomenológica, a ideia de positividade é a base da ordem jurídica moderna. Sua função permite a manutenção do equilíbrio

¹⁵⁴ SICHES, Luis Recaséns. **Direcciones contemporâneas del pensamiento jurídico: la filosofía del derecho en el siglo XX**. 2ª ed. Madri, Editorial Labor, 1936, p. 212-236.

¹⁵⁵ Recaséns destaca no estudo em questão que o primeiro ensaio que pretendeu uma aplicação da fenomenologia ao estudo do direito foi desenvolvido em 1913 por Adolf Reinach. Um dos discípulos de Husserl que escreveu uma obra chamada de *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, o que se constituía numa aplicação da fenomenologia ao campo jurídico. Para Recaséns, embora fosse louvável a proposta, Reinach não teria logrado êxito em seu projeto porque muitas das questões fundamentais apresentadas por ele em seu ensaio ainda utilizavam muitas das premissas da teoria do direito em voga. In: SICHES, Luis Recaséns. **Direcciones contemporâneas del pensamiento jurídico: la filosofía del derecho en el siglo XX**. Idem, p. 233.

¹⁵⁶ Idem, pp. 212.

social visto que o conflito é uma constante da interação entre os indivíduos e as entidades que integram a sociedade. Isso certamente não quer dizer que a positividade seja o mesmo que positivismo, mas não deixamos de reconhecer que em direito, concepções como validade e eficácia das normas jurídicas, se revestem de certa positividade imperativa, sem a qual, a ordem jurídica não poderia ter sua representação ou função estabilizadora. A ideia de que ninguém pode descumprir a lei ao argumento de desconhecê-la, reflete, exatamente, a crença na força de sua positividade.

Por outro lado, também é possível reconhecer que existe uma estreita relação entre a ideia de positividade e o valor da segurança jurídica. Ainda que se reconheça que todas as coisas tendem a se dissolver na temporalidade, é necessário que a sociedade tenha a crença em um conjunto de princípios que garantam a vigência das relações jurídicas e a permanência dos seus efeitos, mesmo que as contingências submetem o mundo da vida a sucessivas e imprevisíveis transformações.

Efeitos jurídicos como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são exemplos de princípios firmados no bojo da crença na ideia de positividade, articulada com a indispensável segurança jurídica. A sustentação da ordem jurídica legitimada pelo Estado está em sua própria justificação empírica e na crença que neles depositamos. As dificuldades começam quando aparece a interrogação sobre os seus fundamentos.

O estudo do direito contemporaneamente ainda guarda forte presença das matrizes positivistas. Isso se dá em grande medida por causa da resistência às transformações ocorridas no pensamento científico a partir da segunda metade do século XX. A revolução tecnológica e a globalização econômico-cultural apontaram para a mudança como um elemento constante no desenvolvimento da sociedade.

Concordamos com **Recaséns** ao afirmar que seria um grande equivoco rejeitar a ideia de que o direito converge para o proposito de certeza e segurança nas relações sociais assim como também se mostra equivocado acreditar que a certeza e a segurança são absolutas. Segundo o ele, não há nada na vida humana que seja

absoluto. A estrutura dessa vida humana possui sempre mais de uma perspectiva, quer dizer, ela sempre desenvolve aspectos que gravitam entre dois polos distintos: individualidade/sociabilidade; segurança/transformação; ordem/desordem¹⁵⁷.

Este novo cenário tem apresentado desafios ao pensamento e exigem o oferecimento de respostas às contingências produzidas pelo sistema social¹⁵⁸. Não apenas respostas formais ou programadas, assentadas no costume, mas respostas que aproximem, de modo autêntico, a compreensão da realidade pelo observador do direito. Não se nega a contribuição que pode ser dada pelo direito positivo para as transformações ocorridas em uma sociedade complexa como a nossa. Certamente as normas jurídicas podem funcionar como instrumentos indutores e promocionais, além de estabilizadores de expectativas de condutas, diante da mutabilidade constante dos fatores sociais condicionantes, mas, ainda assim, essa função estabilizadora não é capaz de assegurar um funcionamento linear e único. Há sempre a possibilidade de que existam conflitos, incoerência, paradoxos e irritações no sistema.

As razões pelas quais a função estabilizadora do sistema por vezes não funciona não são completamente respondidas e podem encontrar de alguma forma, resistência nos programas de formação dos cursos de direito. Isso porque dizem respeito a uma tomada de posição em uma fase de mudança de paradigmas teóricos. Essa resistência pode ser explicada por diversas razões. Entre elas a ideia de que os juristas estão fortemente influenciados por diversas representações, pré-conceitos (conceitos prévios), crenças, censuras, hábitos, estereótipos e normas éticas que conduzem suas decisões e enunciações, sem que muitos entendam verdadeiramente as premissas de seu pensamento.

Além disso, convenções linguísticas previamente estabelecidas criam uma espécie de *senso comum teórico*¹⁵⁹ dos juristas que na maioria das vezes escondem os seus respectivos ponto de partida, igualmente impedindo que o interprete ou interlocutor

¹⁵⁷ SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. In: Anuário de filosofia, Dianóia, México, Fondo de Cultura Económica, p. 271.

¹⁵⁸ Niklas Luhmann. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005, pp. 15/35.

¹⁵⁹ Luiz Alberto Warat. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre, Síntese, 1981, pp.

conheça verdadeiramente as premissas que são adotadas neste ou naquele discurso jurídico.

A linguagem jurídica tem um caráter simbólico que cumpre uma finalidade: *transformar o uso do direito em instrumento de poder*¹⁶⁰. Não fosse isso verdadeiro, se considerarmos que o direito positivo, enquanto sistema de normas de conduta tem por objetivo regular comportamentos, estabilizar expectativas normativas e disciplinar certos eventos para conferir o mínimo de previsibilidade às situações contingenciais da vida em sociedade, como explicar o fato de que há uma grande dificuldade desse mesmo direito ser inteligível a todos aqueles a quem se destina.¹⁶¹ A linguagem inacessível à maioria dos cidadãos comuns impede uma compreensão do sentido e alcance das normas e, por consequência, a sua conformidade na conduta.

Desse modo, os juristas contam com um conjunto de hábitos intelectuais que são aceitos como verdades *a priori* e que acabam por ocultar o componente político sempre presente na investigação “de verdades”. Como consequência, cristalizam-se certos preconceitos para preservar essa falta de clareza nas premissas que são adotadas por aqueles que fazem uso da simbologia. Essa tônica do pensamento jurídico vem sendo repensada nos programas de pós-graduação em direito justamente com intuito de aproximar o pensamento jurídico das vertentes contemporâneas nas ciências humanas e ciências sociais aplicadas.

Ao reconhecer que sua proposta fundamental não está na estrutura, mas sim em sua função dentro da sociedade, as reflexões contemporâneas sobre a importância do direito trazem à tona uma nova forma de pensar o fenômeno jurídico. Não mais como uma tentativa de definir o que é o direito, mas sim como ele se manifesta. O direito assim pode assumir um papel legitimador ou transformador das estruturas sociais¹⁶².

¹⁶⁰ Ver Pierre Bourdieu. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2005.

¹⁶¹ Poderíamos enunciar como mais uma das falácias do direito o mito de que “*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*” (art. 3º da lei de introdução ao código civil).

¹⁶² David M. Trubeck e Yves Delazay. **A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação dos espaços transnacionais**. São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 31/35.

O grande desafio que se pode evidenciar com o enfrentamento tardio dessas questões é a insuficiência das respostas explicativas que a técnica do direito pode oferecer aos problemas da vida contemporânea. Como instrumento regulador de processos dinâmicos de desenvolvimento como a economia e as forças existentes na sociedade, as transformações que ocorrem na contemporaneidade exigem uma nova forma de pensar e aceitar a intervenção do direito sobre a vida das pessoas. A dinâmica de atuação e respostas da sociedade muitas vezes limita capacidade de reação das autoridades estatais e mesmo a adoção de medidas regulatórias, não são capazes de definir ou mesmo manter um controle sobre as questões macro políticas, econômicas ou sociais.

Paralelamente a esse processo, o fenômeno da descentralização de atividades anteriormente destinadas exclusivamente ao poder estatal com a partilha de atividades e obrigações e até mesmo o compartilhamento do uso legítimo da força, produção de tecnologia, incentivo à pesquisa etc., põem em evidência que existe um processo de compartilhamento de responsabilidades entre o estado e a sociedade e por isso a abrindo caminhos para um processo de desformalização de muitos aspectos da vida social.

Neste caminho de abertura do estado, a revolução tecnológica e ampliação da globalização econômica permitem a integração de blocos regionais em busca de uma maior integração comercial. Essa integração contribui para um processo contínuo de *inputs* e *outputs* nos mecanismos de regulação jurídica, pois, os países aprendem experiências recíprocas que buscam oferecer formas renovadas de tratar as respectivas realidades.

A integração regional e a desformalização das fronteiras, integram um conjunto de situações altamente complexas da sociedade contemporânea que, ao mesmo tempo em que permitem a expansão de um conjunto de práticas que se põem à margem do direito estatal, como decorrente de espaços privados de negociação e descentralização promovida por conglomerados empresariais e pela economia informal, também colocam em evidência a incapacidade de atualização das respostas estatais à solução dos problemas que precisam de decisão no âmbito da organização administrativa.

O que há em comum em todos os fatores acima elencados: é a evidência do avançado processo de fragmentação do modelo clássico de estado nacional e o esvaziamento do discurso jurídico formal diante da sua incapacidade de oferecer respostas às questões vividas pela existência humana. Por não oferecerem respostas satisfatórias e eficazes aos problemas desenvolvidos na sociedade, os instrumentos jurídicos precisam assentar novos paradigmas de interpretação da realidade e da existência humana em sociedade.

5.2. O paradoxo entre a democracia e a eficiência das decisões administrativas.

O pensamento sobre a democracia na contemporaneidade importa uma reflexão sobre o fenômeno da transformação. Pensar em estado democrático na contemporaneidade é reconhecer que seu estado natural é o estado de contínua transformação.¹⁶³ Os *dogmas* que sustentaram o pensamento jurídico moderno foram erigidos com a formação do estado liberal e inicialmente estavam voltados apenas para a proteção dos direitos e liberdades individuais, afirmação dos direitos; preocupados com a criação de um espaço mínimo de não interferência do estado na vida dos indivíduos, principalmente, em sua vertente econômica: a propriedade. Não demoraria, contudo, até que a liberdade econômica também se tornasse a aspiração de uma liberdade de pensamento e liberdade de escolhas políticas.

A primeira metade do século XX representou uma crise na experiência do estado liberal moderno. Evidenciou que a absoluta independência dos indivíduos não é capaz de assegurar a plena satisfação dos interesses coletivos. A não regulação dos domínios da vida econômica pode produzir mais prejuízos à ordem social e a liberdade plena dos indivíduos, que a presença da regulamentação. Isso constitui, certamente, a primeira demonstração do paradoxo existente na própria teoria liberal.

Por outro lado, o avanço da democracia e a criação do estado regulador e promocional (de bem estar social) apresentou novos desafios a serem enfrentados. O estado regulador e promocional precisa ser financiado para o desempenho de sua

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo, Paz e Terra, 2002, p. 19.

atividade. Esse financiamento provém, majoritariamente, da arrecadação de tributos e redução de seus gastos em prol de uma maior racionalização econômica. Com isso, a manutenção dos órgãos e entidades estatais responsáveis pela estabilização do regime democrático consequentemente exigem desse mesmo Estado do empenho de mais recursos financeiros que precisarão ser canalizados de outras fontes¹⁶⁴.

O desafio contemporâneo, entretanto, é outro. Uma vez conhecido os resultados do fracasso do modelo de estado liberal e apresentados os sinais da crise do estado de bem estar social e de regulação, modelo oferecido como necessário a superação da crise, levaram a certo reconhecimento da incapacidade de afirmação do paradigma de verdade científica que até hoje serve de apoio ao estado de coisas. As dificuldades enfrentadas na atualidade são maiores. A tarefa de compatibilizar expectativas sociais tão diferentes como a promessa de promoção de bem estar social com a diminuição do acesso aos bens econômicos socialmente produzidos, tem levado o pensamento teórico liberal contemporâneo a refletir e buscar, sob o aspecto jurídico, novos modelos de organização do Estado que sejam mais flexíveis e permeáveis à dinâmica social e econômica.

Isso implica uma regulação com maior capacidade de acomodação de anseios sociais originariamente divergentes. O mesmo Estado que defende bem estar social, precisa também diminuir seus custos de sustentação para assegurar recursos para investimento. O mesmo Estado que propõe uma regulação mais eficiente na proteção do meio ambiente precisa admitir certos níveis de degradação para assegurar o desempenho da atividade econômica geradora de postos de trabalho. Deste modo, entender a lógica particular do fenômeno jurídico significa reconhecer algo de significativo sobre a constituição da sociedade que o produz e para o qual se destina¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Sobre o assunto ver ROSAVALLON, Pierre. **A crise do estado de bem estar social**. São Paulo, Paz e Terra, 2006, p. 120.

¹⁶⁵ David M. Trubeck e Yves Delazay. **A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação dos espaços transnacionais**. São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 31/35.

Para que seja possível uma revisão ampla e a superação desse paradigma científico, se faz necessário uma reavaliação destas premissas. Entendemos por *paradigma* a definição de **Thomas Kunh**¹⁶⁶, como *aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham de um paradigma*. Essa descrição possui, não por acaso alguma circularidade e permite assim inferir que é muito difícil transpor os limites de um horizonte hermenêutico construído dentro de certos padrões de racionalidade quando fazemos parte dele.

Os paradigmas de uma comunidade podem ser revelados em seus manuais, conferências e exercícios de laboratório. Ao estudá-los e utilizá-los na prática, os membros de uma comunidade já o consideram como ponto de partida em seu ofício. Um exemplo característico disso é dado por **Kunh** ao dizer que “*não há dúvida de que o historiador descobrirá uma área de penumbra ocupada por realizações cujo status ainda está em dúvida mas, habitualmente o núcleo dos problemas resolvidos e das técnicas será claro*”¹⁶⁷.

Existem momentos que os referenciais padronizados de consenso de uma determinada ciência sofrem crises. Sinais de esgotamento de sua capacidade de resposta aos problemas produzidos pela sociedade ou pelos desafios e contingências naturais apresentados de maneira mais clara, neste momento ocorre uma crise de paradigma. Um novo paradigma emerge, ao menos embrionariamente, antes que uma crise esteja bem desenvolvida ou tenha sido explicitamente reconhecida. Nos períodos de crises reconhecidas o pensamento de uma classe científica se volta para a análise filosófica como um meio para resolver as incoerências de sua área de estudos.

Na medida em que o trabalho de pesquisa pode ser conduzido utilizando-se do paradigma como modelo, as regras e pressupostos não precisam ser explicados. O

¹⁶⁶ Thomas S. Kunh. **A estrutura das revoluções científicas**. 4ª Ed., São Paulo, Ed. Perspectiva, 1996, pp. 219.

¹⁶⁷ Idem, pp. 67.

conjunto completo das regras, buscado pela análise filosófica, não precisa nem mesmo existir. A transição para um novo paradigma é uma revolução científica¹⁶⁸.

No caso do direito, o paradigma dominante de racionalidade evidencia sinais de esgotamento na medida em que se distancia da realidade. O reconhecimento de que propostas analíticas e oferecimento de respostas pelo direito mostra-se insuficiente para a solução dos problemas da realidade, põem em evidencia a impossível tarefa relegada ao pensamento moderno de oferecer todas as respostas satisfatórias à complexidade da realidade. Explicá-la de sob a perspectiva lógico-formal torna-se uma tarefa inglória e desacreditada.

Há sinais de crise no pensamento jurídico tradicional na medida em que as respostas apresentadas aos conflitos produzidos no interior da sociedade, e em especial da administração pública, além de insuficientes, mostram-se contraditórios. Evidencia limitações que são próprias da democracia e limitações funcionais das instituições que não foram legitimamente constituídas ou operam de maneira precária.

No âmbito da discricionariedade administrativa verificamos que o paradigma dominante ainda está preocupado em buscar meios para seu controle, substituindo apenas o instrumental tópico retórico, sempre em busca de uma pretensa objetividade analítica. Como se fosse possível identificar todas as vezes que o agente responsável pela decisão administrativa deixará claro e vidente as premissas de valor que são adotadas para definir a conveniência e a oportunidade de sua decisão.

Mostra-se ainda insuficiente quando credita à legalidade uma vinculação última da discricionariedade, como se a lei pudesse, em todos os casos, deixar transparecer quais são os elementos de valor que estão presentes em seu texto. Principalmente quando deixam em aberto o núcleo essencial do elemento valorativo. Por exemplo: quando uma norma jurídica diz que o administrador deverá pautar-se pelo princípio da moralidade administrativa e a constituição não define um núcleo essencial, ou mesmo aproximado do que pode ser moralmente aceitável para a administração,

¹⁶⁸ Thomas Kunh, idem, pp. 123.

deixa um campo aberto ao sujeito e à sua definição do que seja moralmente aceitável para a administração pública.

Não é que não seja possível buscar esse núcleo essencial que pode ser haurido da experiência vivida no social, mas isso demandará uma interpretação e ao permitir a interpretação da norma volta a se abrir para as valorações subjetivas. Como se vê a busca por uma definição legal de moralidade administrativa se mostraria incapaz de chegar a resultados previamente estabelecidos ou controlados.

Embora a doutrina nacional já tenha destacado que a discricionariedade nunca é absoluta, pois, seus limites já estão previamente traçados, seja na Constituição ou na lei¹⁶⁹, partimos de um ponto de vista distinto, pois, as condições de possibilidade de interpretação dos fatos estão sempre sujeitos a contingências que podem escapar às previas determinações interpretativas dispostas no texto formal positivado.

Além disso, é importante reconhecer a cultura organizacional da administração pública nem sempre consegue estabelecer parâmetros decisórios que impeçam interpretações desarrazoadas. Isso nem sempre é partilhado pelos sujeitos envolvidos e que integram a administração pública. Muitas escolhas são (ou podem ser) pautadas por critérios exclusivamente pessoais, de predileção subjetiva, sem que isso tenha qualquer relação com a cultura organizacional.

Para que essas predileções puramente subjetivas não se tornem regra nem esta proposta se torne uma simples relativização completa dos parâmetros decisórios da administração pública, ou mesmo resvale em uma proposta de redução ao puro subjetivismo, sustentamos que a realidade é doadora de uma objetividade e que pode ser captada pela intuição, compreendida e compartilhada pela experiência e contribuir para uma maior estabilização da expectativa normativa. Tudo isso mediado pelo fenômeno da comunicação, vetor através do qual a ontologia pode ser retomada dentro dos parâmetros decisórios da administração pública.

¹⁶⁹ Ver por todos, Celso Antonio Bandeira de Mello. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**, idem.

5.3. A realidade como doadora de objetividade e a comunicação como meio de acesso dos valores ao sistema jurídico.

Podemos dizer que o direito como tecnologia tem por objetivo satisfazer um desejo de certeza e segurança nas relações sociais. Com isso se quer dizer que o direito deve encarnar valores superiores como justiça e igualdade e não estará justificado se não puder realizar esta expectativa.

Para a teoria dos sistemas a operação da autopoiesis se realiza através da comunicação. A comunicação para Niklas Luhmann, “é uma realidade emergente, um estado de coisas **sui generis**. Obtém-se a comunicação mediante uma síntese de três seleções: a) a seleção da informação; b) a seleção do ato de comunicar; c) seleção realizada no ato de entender (ou não entender) a informação e o ato comunicado” ¹⁷⁰.

Nenhum destes três componentes pode atuar sozinho na comunicação; esta somente se realiza quando os três operam através de uma síntese. Portanto, a comunicação somente acontece quando se compreende a diferença entre informação e ato de comunicar. O ato de entender a comunicação atestam uma distinção entre o valor da informação e seu conteúdo, separando-o das razões que foram selecionadas para partilhar a referida informação ^{171 172}.

Na teoria dos sistemas o que se enfatiza é a verdadeira emergência da comunicação. Ou seja, o que adquire relevância é a informação, ato de comunicar e ato de entender ¹⁷³. Sendo assim, apesar de a teoria dos sistemas não apresentar uma preocupação substancial com o conteúdo da comunicação entendemos que ela pode se constituir um acesso aos valores no sistema jurídico. O próprio Luhmann já

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes, Rio de Janeiro, Ed., Vozes, 2009, pp. 296-297.

¹⁷¹ Idem, pp. 297.

¹⁷² Luhmann destaca que este meio de compreender a comunicação não é novo. Há indicações, segundo ele, de utilização desta síntese por *Stoa* na antiguidade. Pensadores como Austin e Searle desenvolveram distinções dentro de um corpo técnico denominado atos de fala. Jünguen Habermas acrescentou a essa compreensão uma tipologia de aspirações válidas implícitas no próprio ato de partilhar a comunicação. In. Niklas Luhmann. **Idem**, pp. 299.

¹⁷³ Idem, pp. 300.

afirmou em outros trabalhos¹⁷⁴ que a função dos meios de comunicação é a construção da realidade promovida pela sociedade. Essa construção integra uma contínua reatualização e autodescrição da sociedade e seus horizontes cognitivos¹⁷⁵.

Sendo assim a apreensão de um comportamento adequado pela administração pressupõe a observação da realidade. Essa realidade é construída através da comunicação entre administração e administrado sem a qual não é possível uma compreensão recíproca e uma aceitação dos critérios de escolha por parte do agente.

Se a administração sustenta que no critério de desempate entre duas empresas licitantes será priorizada aquela que seja enquadrada como microempresa, essa informação deve seguir uma justificação que precisa ser bem compreendida pelo administrado.

5.4. A contribuição da fenomenologia e da fenomenologia existencial para uma melhor compreensão da realidade contemporânea: uma reflexão a partir de E. Husserl, M. Heidegger e C. Cossio.

Entre tantas outras propostas e vertentes, a fenomenologia se propõe a compreender a realidade da maneira como ela se apresenta aos sentidos. A fenomenologia propõe uma descrição da experiência vivida da maneira como ela se apresenta à intuição.

A aproximação entre a fenomenologia e a discricionariade administrativa pode ser verificada a partir de uma compreensão fenomenológica da própria decisão administrativa. Como sustentou **Husserl**¹⁷⁶, o interesse da fenomenologia se dirige

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. Trad. Ciro Marcondes. São Paulo, Ed., Paulus, 2005, pp. 167.

¹⁷⁵ Segundo Luhmann o conceito de esfera pública se distingue dos sistemas de comunicação e do conceito de opinião pública. Para ele, “no discurso jurídico clássico, ‘público’ é aquilo que é acessível a todos, quer dizer, é aquilo que é definido pela exclusão do controle sobre seu acesso”. Niklas Luhmann. In; **A realidade dos meios de comunicação**, idem.

¹⁷⁶ HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia**. Lisboa, Edições 70, p. 14.

aos fenômenos compreendidos em dois sentidos: a aparência (objetividade) e a essência.

O movimento fenomenológico é um movimento intuicionista onde a inteligência é vista como uma forma especial de intuição. Isso não significa um reducionismo da racionalidade, mas sua distinção em relação às correntes analíticas é a forma de apreensão do mundo que se dá através da experiência e não apenas da razão¹⁷⁷.

Rejeita, sempre que possível, os esquemas de simplificação ou excessiva complexidade de apreensão da realidade. Isso porque, ao invés de ajustar a realidade social aos modelos teóricos previamente definidos, a fenomenologia parte de uma observação da realidade existencial.¹⁷⁸

A fenomenologia não deixa de considerar que a subjetividade faz parte da realidade social, e por isso mesmo não pode deixar de ser acolhida metodologicamente. Uma olhar fenomenológico sobre um determinado problema reconhece que o homem é um ser que não consegue observar de maneira neutra os fenômenos a sua volta, notadamente os fenômenos sociais. Entretanto, este mesmo homem estabelece com a realidade uma relação muito mais complexa do que uma relação de dedução lógico-formal como até então as propostas analíticas tem pretendido.

No caso do direito, seria como estabelecer o pressuposto de que a positividade funciona como sustentação para uma ordem jurídica, e se considerarmos assim, numa perspectiva filosófica rigorosa, é possível afirmar que o direito não pode construir suas premissas de conhecimento sobre aquilo que está o campo do **dever ser**, mas apenas no campo do ser, pois, não é no campo hipotético que o direito se materializa e adquire sua significação¹⁷⁹.

¹⁷⁷ GURVITCH, Georges. **Las tendencias actuales de la filosofía alemana**. Buenos Aires, Ed. Losada, 1944, 20-25.

¹⁷⁸ Para Husserl, a inteligência chega à essência das coisas através de uma intuição direta. Muito antes do nosso intelecto apreender de forma analítica (refletida), ainda que de forma abstrata, captamos através da nossa intuição a essência de algo. Para chegar a essa essência, Husserl propõe um método que se realiza através da suspensão do juízo: este é o método fenomenológico. Edmund Husserl. **Ideias para uma fenomenologia pura e uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Trad. Márcio Suzuki, Aparecida/SP, Ed. Ideias e Letras, 2006, pp. 143/155.

¹⁷⁹ Para Husserl, para que a fenomenologia seja uma ciência eidética, no âmbito de uma mera intuição imediata, descritiva, a generalidade de seu procedimento deve estar descrita previamente em si mesma. E só pode ser descrito aquilo que foi intuído. Quando diante de eventos da consciência

Segundo perspectiva de ampla repercussão na doutrina, juízo jurídico pode ser operado com base em um “*juízo de certo e errado*”, pois, parte de um modal deôntico cuja verificação de correção ou falsidade não está associada ao fenômeno fático em si, mas a um modelo proposicional estabelecido como verdadeiro, segundo a norma jurídica. De acordo com esse enfoque, uma proposição será verdadeira ou falsa conforme seja sua concordância ou discordância com o direito posto ou positivado.

Isso conduz a uma espécie de círculo interpretativo de difícil superação, uma vez que o juízo jurídico não deve ser levado adiante apenas e tão somente a partir de sua concordância com o sentido da norma de direito positivo, já que não se volta a si mesmo, mas sim aos comportamentos humanos socialmente relevantes.

A peculiaridade do direito é que este tem na linguagem o seu modal de apresentação. Como as palavras surgem de contextos diversos e sentidos variáveis é necessário que seja atribuído um sentido “coincidente”. Isso se faz necessário porque só é possível fazer ciência onde os resultados do pensamento possam ser conservados na forma de saber e aplicados no pensamento posterior na forma de um sistema de enunciados. Precisam ser claros pelo seu sentido lógico, mas podem ser entendidos e atualizado em seus juízos mesmo sem evidências. A consciência doadora em sentido coincide exatamente com a consciência intuitiva¹⁸⁰.

Um exemplo dado por Husserl é muito interessante, pois, quando voltamos a nossa atenção para um dado da experiência vivida ela se oferece no vazio e numa vaga distância. Isso a torna inutilizável para a compreensão de um fenômeno em particular. Esse problema pode ser corrigido se, ao invés de focar no que eles são, os objetos, nos interessássemos pelo modo como eles se dão e suas vagezas e

que precisam ser trazidos à clareza mais completa. A remissão à essência da fenomenologia se mostra naquilo que é considerado e constatado na reflexão metódica sob a designação de clareza, evidência e expressão. Todas as análises reflexivas das essências são análises fenomenológicas e as evidências metodológicas alcançadas estão sob as normas que elas mesmas formulam. Como assevera Husserl, a fenomenologia, que não pretende ser outra coisa senão doutrina eidética no interior da intuição pura efetua, portanto, visões de essência imediatas em dados exemplares da consciência transcendental pura e as fixamos conceitualmente ou terminologicamente.

¹⁸⁰ Idem, pp. 149.

incompreensões¹⁸¹. O dado, ele mesmo, não tem (fenomenologicamente) o mesmo sentido de dado originário, o dado apto a ser percebido e o dado originário são sempre apreendidos em forma perceptiva.

Em uma proposta de aplicação do método fenomenológico deve-se preliminarmente reconhecer que a lógica cuida apenas das leis ideais do pensamento e não das leis reais do mundo vivido.

O direito positivo encontra a sua coerência numa lógica imanente à própria vida jurídica, daí ser denominada de deontica, mas precisa de outros parâmetros de representação. Os fundamentos lógicos que exijam alguma demonstrabilidade do raciocínio no direito com as certezas imediatas para uma decisão é a lógica básica do raciocínio jurídico. Os princípios de sustentação da ordem jurídica legitimada pelo Estado se sustentam na sua própria justificação empírica e na crença, que neles se deposita.

Quando voltamos a uma tentativa de aproximação entre a norma e o fato, numa perspectiva de análise puramente deontica (do dever ser), não parece que esta seja capaz de evidenciar as insuficiências normativas; isso porque, uma análise solipsista do fenômeno existente não permite ao intérprete ir além daquilo que está diante de sua capacidade momentânea de análise. Por esta razão, não dá conta de fenômenos cada vez mais complexos, principalmente quando falamos da sociedade enquanto sistema.

É válida a advertência de Genaro Carrió, para quem o direito muitas vezes busca enquadrar os fatos da realidade em suas molduras estaques. E isso, por certo, somente é possível, promovendo alterações na moldura normativa ou desejando analisar o fato da forma que ele não é: eis o pecado original do jurista¹⁸².

Sendo assim, por muito tempo, a interpretação e aplicação do direito esteve radicada na ideia de que seria possível atingir a verdade (a essência) das coisas

¹⁸¹ Idem, pp. 150.

¹⁸² Genaro R. Carrió. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1972, pp. 132.

através de um processo racional de análise dos fins do direito. Essa pode ser a maior prova da tradição filosófica dualista herdada do mundo helênico de qual o pensamento moderno é signatário. A linguagem era apenas uma terceira dimensão das coisas que apenas se colocava entre o sujeito e o objeto.

Entretanto, é a partir do surgimento de uma consciência linguística que a filosofia contemporânea propõe, com maior ênfase a partir da segunda metade do século XX, uma filosofia da linguagem capaz de trazer vantagens metódicas e objetivas, pois conduz a tradição do pensamento de um círculo aporético metafísico para o anti metafísico.

Essa virada linguístico-pragmática contribuiu para flexionar a ideia de fundamentação orientada na ideia de conhecimento fundado na percepção e representação dos objetos. No lugar do sujeito solitário (solipsismo) surge a ideia de que o conhecimento é sempre intermediado por uma linguagem que se refere ao agir e pela intersubjetividade.

O conhecimento é, portanto, no contexto de um exercício intersubjetivo, uma prática sempre historicamente mediada¹⁸³. E desse modo, na medida em que nos tornamos livres da ideia de que o mundo pode ser decodificado fora da linguagem e compreendido “como ele é” percebemos que a filosofia conduziu o pensamento a um terreno que não é mais o da verdade absoluta ou das verdades empíricas, determinadas a partir da investigação científica sobre o mundo natural, mas sim uma multiplicidade de condições de possibilidade nos domínios da linguagem.

Neste ponto parece que a contribuição fundamental pode residir na demonstração de que o simples exame das normas jurídicas em operações lógico-formais nada poderá acrescentar às habilidades exigidas para pensar o direito de uma forma renovada. Igualmente será útil a renovação metodológica quando puder demonstrar que é preciso incorporar à reflexão do pensamento jurídico uma compreensão sistêmica do direito, inclusive sob o ponto de vista do legislador.

¹⁸³ Jürgen Habermas. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro, Zahar, 1982.

A proposta é que uma nova metodologia do direito possa reconhecer que a racionalidade jurídica sofreu mudanças significativas a partir do diálogo com as ciências humanas e as ciências sociais aplicadas e que hoje o direito não se reduz apenas a um conjunto de operações lógico-formais de aplicação e interpretação. Esta última, por certo, é parte do processo cognitivo também do direito, mas qualificada a partir de uma hermenêutica filosófica.

A reflexão metodológica deve contribuir ao reconhecimento de que o direito caminha para um processo de abertura hermenêutica como forma de oferecer respostas mais eficientes aos problemas da contingência produzidas em sociedade. A consciência de validade de um método nunca é separável de seus limites¹⁸⁴.

Em outras palavras, pode-se sustentar que o estágio atual da metodologia do direito deve se voltar para a superação do cogito, vale dizer, naquilo que a proposta do racionalismo moderno tem de mais ultrapassada: um modelo prévio de certeza que se mede e se satisfaz. Na posição atual, ao invés de nos preocuparmos com o que é a metodologia do direito, mais importante e relevante é pensar para que ela serve¹⁸⁵.

5.5. A posição de Martin Heidegger.

É com Heidegger que teremos uma aproximação entre a hermenêutica e a fenomenologia. O método fenomenológico da investigação como descrito pelo filósofo alemão, traz as primeiras observações sobre o “*Ser-a*” no mundo como a “compreensão” e a “questão da compreensão e interpretação”, respectivamente. É a partir de Heidegger que se pode falar numa hermenêutica fenomenológica, ou numa fenomenologia hermenêutica de base ontológica¹⁸⁶.

Além de estipular o processo hermenêutico da compreensão, Heidegger leva a reflexão sobre a estrutura ontológica existente no ato de compreender e o principal

¹⁸⁴ Paul Ricoeur. **Estrutura e hermenêutica**. In: O conflito de interpretações: ensaios de hermenêutica. 1ªed. São Paulo, Imago, 1989, pp. 31.

¹⁸⁵ Paul Ricoeur. **Heidegger e a questão do sujeito**. In: Conflito de interpretações: ensaios de hermenêutica. 1ª Ed., São Paulo, Imago, 1989, pp. 223.

¹⁸⁶ Martin Heidegger. **Sobre a essência da verdade**. In: Conferencias e escritos filosóficos, Trad. e notas: Ernildo Stein, São Paulo, Nova Cultural, 1989, pp. 334/343.

mérito é uma superação radical da tradicional separação entre sujeito e objeto, bem como uma superação da filosofia metafísica.

As contribuições de Heidegger para o direito trazem uma nova e importante perspectiva para a hermenêutica jurídica. A hermenêutica ontológica contribui para a ideia de que o horizonte do sentido é a compreensão e a partir de sua proposta de mudar o olhar da filosofia sobre os problemas filosóficos, propõe uma mudança de posição paradigmática.

Para Heidegger, a filosofia metafísica chegou onde deveria chegar e a filosofia se transforma em ciência empírica do homem e de tudo aquilo que pode se tornar objeto experimentável de sua técnica¹⁸⁷. Por certo que não se pode cair em uma nova filosofia do ego, como adverte Paul Ricoeur¹⁸⁸, mas é inevitável que o reconhecimento da existência e da experiência do homem em uma sociedade marcada pela contingência, pela imprevisibilidade e que apontam para uma angustia sobre o devir, pode marcar um retorno a estes paradigmas.

Dessa forma a mediação do homem com a experiência da vida e do mundo circundante se apresenta através dos signos. É afirmada como a condição originariamente linguística de toda a experiência humana¹⁸⁹ e nesse nível uma compreensão sobre algo pressupõe uma noção fundamental de que a linguagem é sempre constituída por uma hierarquia de níveis.

A questão, portanto, é saber se os níveis da linguagem são homólogos e como que a passagem para a nova unidade do discurso é constituída pela frase ou enunciado. Podemos dizer que com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica de onde podemos dizer que a compreensão é entendida como estrutura ontológica do ser no mundo e o que está posto no mundo se apresenta ao sujeito em sua forma, de modo que a apreensão do sujeito não é uma apreensão de uma propriedade da coisa, mas sim, da coisa em si.

¹⁸⁷ Martin Heidegger. **O fim da filosofia e a tarefa do pensamento**. In: Conferencias e escritos filosóficos, Trad. e notas: Ernildo Stein, São Paulo, Nova Cultural, 1989, pp. 270.

¹⁸⁸ Paul Ricoeur. **Heidegger e a questão do sujeito**. Idem, pp. 222.

¹⁸⁹ Idem, pp. 40.

A linguagem é um instrumento de multiplicação das condições de possibilidade. A hermenêutica filosófica contribui para o direito ao dar uma lição importante de que uma coisa é estabelecer uma **praxis** de interpretação, outra, bem diferente, é inserir a interpretação dentro de um contexto, levar em consideração as características do acontecimento dentro da perspectiva histórica. Não é possível um conhecimento total a respeito da existência do homem e sempre há limites para o ato de conhecer. Esse limite é o da auto compreensão e a compreensão do outro.

A condição de possibilidade para a realização do direito para além do plano formal somente se transforma em algo autêntico quando o pensamento jurídico, a partir de uma nova proposta metodológica, aceita que a tarefa criativa do direito deve sempre levar em consideração os elementos da historicidade da facticidade do sujeito. Somente é possível interpretar se existe compreensão. É neste sentido que o direito pode contribuir significativamente aos desafios postos pelo mundo contemporâneo. Na medida em que a sociedade torna-se cada vez mais complexa, onde o risco das escolhas diante do imponderável é mais premente, a contribuição autêntica que pode ser formulada pelo direito é o reconhecimento de que não há verdades nas formas jurídicas postas pelos textos normativos. As soluções aos problemas das expectativas podem, e devem, ser construídas a partir da experiência. Isso significa uma reviravolta em toda a concepção de verdade, ciência do direito e finalidade do direito nas sociedades construídas com o advento da modernidade.

Para que o direito possa se tornar efetivamente uma generalização congruente, não pode pretender construir verdades que não encontrem suporte na realidade. Essa diferenciação entre norma e fato não pode ser admitida em uma proposta de saber tecnológico que pretende erigir seu *status* de estudo científico.

5.6. O pensamento de Carlos Cossio.

A proposta de Carlos Cossio foi realizar no campo do direito uma proposta análoga a que foi feita por Husserl e Heidegger com a filosofia fenomenologia e fenomenologia existencial, respectivamente. Cossio concebeu sua teoria egológica do direito, como o propósito de construir uma eidética do social e seu ponto de partida era a ideia de

que não seria possível fazer uma filosofia do direito “as secas”. Toda a meditação de caráter epistemológico no direito tem, ou deve ter, uma preocupação empírica.¹⁹⁰

Nesta linha de ideias, a **compreensão** para Cossio merece um tratamento especial, pois, se realiza em consonância com seu caráter empírico-dialético. Ao partir do conceito de compreensão formulado por **Dilthey** (compreender é reviver sentidos), **Cossio** avança para demonstrar que a compreensão é sempre empírica, porque através da intuição sensível, ou percepção, alcançamos o objeto da cultura. A compreensão também é dialética, pois, o conhecimento somente se realiza sobre um substrato e um sentido. Um caminho circular onde o espírito humano sempre procura “um substrato em seu sentido e um sentido em seu substrato”.¹⁹¹

Cossio incorpora a fenomenologia da existência para construir sua concepção do direito. Partindo das contribuições de Husserl e Heidegger, elabora uma sofisticada teoria de onde ressalta o papel do sujeito no processo de compreensão do direito. O sujeito que decide assume sempre um papel de protagonista no processo decisório porque o ato de conhecer, e decidir, é sempre um ato que pressupõe alguma experiência de julgamento do sujeito diante das situações da vida. A reflexão crítica de Cossio propunha desmitificar uma parte importante da teoria do direito moderno, de que a “*filosofia da consciência esconde que o conhecimento é sempre o conhecimento a partir da consciência de alguém.*”¹⁹².

Para a construção de sua ontologia jurídica, valendo-se da teoria dos objetos, Cossio parte para a fundamentação onde apresenta sua teoria do direito *como conduta em interferência intersubjetiva*. Tal teoria dos objetos reconhece três regiões ônticas que constituem objeto do conhecimento científico: a) os objetos ideais que se caracterizam por serem a-espaciais e atemporais. Estes não se dão na experiência e são neutros de valor. O ato cognoscitivo é a intelecção, que se realiza através do método racional-educativo; b) os objetos naturais, espaciais e temporais, que se dão na experiência, realizável por meio do método empírico-indutivo; c) os objetos

¹⁹⁰ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Para uma eidética sociológica**. Publicação do programa de pós-graduação em ciências sociais da UFBA, Salvador, BA, 1977.

¹⁹¹ Idem,

¹⁹² COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires, Arayú, 1956, pp. 04.

culturais, que são espaciais e temporais, estão na experiência, são positiva ou negativamente valiosos e são conhecidos mediante o processo gnosiológico da compreensão, por meio do método empírico-dialético¹⁹³.

A cada uma dessas regiões de objeto, por suas especiais características, correspondem a um determinado tipo de ciência. Assim é que, aos objetos ideais, correspondem as ciências formais como as matemáticas e a lógicas; aos objetos naturais, as ciências experimentais ou ciências naturais e aos objetos da cultura as chamadas ciências humanas, sociais ou culturais. O direito, situado nesta última região é um objeto cultural e a ciência do direito sendo assim, uma ciência da cultura (experiência).

Segundo **L. A Machado Neto**¹⁹⁴, nos objetos culturais, Cossio distingue um suporte fático ou substrato a um assentido sustentado por esse suporte e que é onde reside o caráter de valor ou desvalor do bem cultural. Conforme esse suporte seja um objeto físico, parte do mundo natural, ou uma conduta humana, como num ato moral, teremos os objetos culturais divididos em *mundanais e egológicos*, respectivamente.

O direito por não possuir um objeto físico que lhe constitua o suporte, por consistir em conduta, seu elemento fático (objeto egológico) é a conduta humana em interferência intersubjetiva. Isso o distingue da moral. Cossio transporta o problema da conduta do plano lógico, para o ontológico.

A conduta humana é rica em possibilidades, permite múltiplas abordagens, desde uma compreensão causal, própria nas ciências humanas e sociais como a história, a sociologia, até abordagem normativa da técnica, da moral e da direito. A partir do ângulo normativo, a conduta humana pode constituir objeto de duas diversas considerações: **ética e técnica**¹⁹⁵.

¹⁹³ MACHADO NETO, Luís Antônio. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo, Saraiva, 1975, p. 147-150.

¹⁹⁴ Idem, p. 148.

¹⁹⁵ Toda e qualquer conduta pode ser submetida a uma consideração ética – Moral e Direito ou a uma consideração técnica. Nesse ultimo ângulo temático, estaremos, sempre que consideremos qualquer ato ou projeto nosso no sentido oposto ao temporal, isto é , dos fins para os meios. Assim, toda vez que, tendo em vista certos fins (que necessariamente ocorrerão após os meios), procuramos encontrar os meios idôneos de sua realização, estamos submetendo o nosso procedimento a uma consideração técnica. Se, ao contrario, a consideração da conduta segue o sentido temporal – dos

Se, ao consideramos a conduta no mesmo sentido em que ela ocorre no tempo – isto é, dos meios para os fins - temos uma consideração ética, e se a consideração ética da conduta pode ser moral ou jurídica, importa que encontremos, no mundo da eticidade, um critério distintivo dos dois âmbitos que o constituem.

A compreensão da conduta humana apresentada em Cossio é construída a partir de Heidegger. Para ele a compreensão dos fenômenos que se apresentam a intuição é trazida da experiência. Somente a partir do vivido é possível compreender algo.

Neste sentido o sujeito ganha um papel de destaque, não por uma perspectiva puramente relativista ou subjetivista, mas porque a dimensão histórica da experiência do sujeito é que lhe permite ampliar as condições de possibilidade de sua compreensão sobre os fatos. Dai Cossio dizer que tão importante quanto uma compreensão da decisão é aceitar que há um sujeito que decide.

No âmbito da administração pública poderíamos relacionar esta ontologia com a relação entre o órgão que decide e aquilo sobre o que se decide. A norma desempenha apenas um papel formal que certamente não preenche todas as condições de possibilidade da realidade. A estrutura deôntica carrega um conteúdo dogmático, empírico, histórico, mutável e contingente além de elemento material e necessário: o valor da segurança jurídica.

O pensamento de Cossio, portanto, se estrutura a partir da experiência. Para ele o legislador quando edita uma norma processual no campo probatório, não elencou aquele elemento como relevante por uma “racionalidade legislativa”, mas sim valorou aqueles meio de prova como relevante porque a experiência lhe fez reconhecer a importância daquele meio de prova para o sistema processual. Desloca-se a atenção do problema da racionalidade para o problema da experiência. Diz Cossio que o legislador não cria conduta humana, porque isso só quem pode

meios para os fins -, temos uma consideração ética, seja moral ou jurídica. Por isso, a ética pode ser conceituada como a realização do querido enquanto querido, por oposição à técnica - a realização do querido enquanto realização. Se moral e direito constituem âmbitos da normatividade ética, convém, agora, que os distingamos a fim de destacarmos o direito, que é objeto da nossa particular consideração aqui. MACHADO NETO, Luis Antônio. **Teoria da ciência jurídica**. Idem, p. 149.

fazer são os próprios indivíduos na autonomia de suas vidas. Ao sinalizar que as leis são causas para que as pessoas se comportem de certa maneira, o que se quer representar é o fato de a lei induzir as pessoas a se comportarem de certo modo (lógica do dever ser) – e não de ordenar que elas se comportem¹⁹⁶.

Segundo Cossio:

“com la tesis egológica, la relación entre la norma pensable y el hecho intuible se resuelve simplemente em la relación cognoscitiva de mencion que mantiene todo concepto respecto de su objeto. La jurisprudencia dogmática resultará uma ciência normativa porque conoce conducta humana mediante normas. La norma aparecerá jugando el mismo papel de mediación que tiene todo concepto em el conocimiento científico. Esto significará realizar, em um campo inexplorado, el programa de Husserl: ‘Cuando em um caso dado um acto de intención significativase cumple em uma intuición, decimos que el objeto de la intuición es conocido por médio de su concepto, o que se aplica el nombre respectivo al objeto aparente. Así, el jurista tendrá que decir que la conducta intuída es conocida por médio de su norma, o que se aplica la norma respectiva a la conducta aparente. Y como en el conocimiento por comprensión, conocer es interpretar, lo que esto viene a decir es que no se interpretan las normas, sino que lo que se interpreta es la conducta humana mediante las normas que a ella alluden.’¹⁹⁷

Os valores (parcelários) concernentes à compreensão jurídica são: justiça, solidariedade, paz, poder, segurança e ordem. Note-se, entretanto, que tais valores não são ideais, mas sim reais. Na medida em que são efetivamente existentes em uma sociedade humana, em um determinado momento são valores positivos e relativos à conduta humana.

Ao refletir que o Direito positivo é conduta e não outra coisa salienta que é evidente o erro em que se incorre quando se concebe a valoração jurídica enquanto a finalidade do Direito. O Direito positivo nesta concepção é conduta, pois, não cabe dizer que o Direito é meio para a ordem ou a justiça positivos, uma vez que o próprio Direito positivo é essa mesma ordem ou essa justiça.

A contribuição da teoria egológica e seu pressuposto fenomenológico muito contribuirão para superar limites formais da teoria funcionalista sistêmica de Niklas Luhmann.

¹⁹⁶ Carlos Cossio. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**, idem, pp. 52.

¹⁹⁷ COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2ª ed, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 279.

6. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A TEORIA DOS SISTEMAS: UMA DESCRIÇÃO POSSÍVEL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

6.1. A teoria dos sistemas e sua proposta como possibilidade explicativa para a crise de legitimidade da discricionariedade na contemporaneidade.

A questão que se põe, neste momento da pesquisa, é apresentar de que modo a aproximação com a teoria dos sistemas pode contribuir para uma de observação da atuação discricionária da administração pública e reflexão sobre seu paradigma atual a fim de construir propostas de solução aos problemas que se apresentam às escolhas discricionárias da administração pública.

Como sustenta Luhmann¹⁹⁸, o direito opera na sociedade, se aplica a ela, e desempenha uma função social. Enquanto sistema (jurídico) se diferencia para essa função de reprodução autopoietica.

A proposta de observar um determinado instituto jurídico sob o enfoque da teoria dos sistemas não é novo na literatura jurídica ou mesmo dentro de uma perspectiva sociológica. Trabalhos de grande originalidade foram escritos para aplicar a teoria dos sistemas ao instituto da repercussão geral, propondo demonstrar de que forma o instrumento da repercussão geral (transcendencia dos efeitos), à luz da racionalização da jurisdição constitucional, impõem o desafios de avaliar os custos do acesso à justiça e, conseqüentemente, a viabilidade de tornar possível o acesso de demandas estritamente subjetivas ao Supremo Tribunal Federal¹⁹⁹.

Este debate deve incluir questões importantes de natureza prática do direito, pois, o estudo do da discricionariedade, assim como da jurisdição constitucional, demonstram o forte componente de politicidade existente no direito e que aproxima o tema das questões relativas ao tema do *poder* e da *teoria da decisão* numa perspectiva da teoria geral do direito²⁰⁰.

¹⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, idem, p. 627.

¹⁹⁹ Cf. Ulisses Schwarz Viana. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo, Saraiva, 2010.

²⁰⁰ Essa formulação é o resultado da contribuição do pensamento da Professora Dra. Marília Muricy durante as reuniões de orientação para elaboração da presente dissertação.

A partir da teoria sistêmica é possível afirmar que existe um **acoplamento estrutural**²⁰¹ entre a discricionariedade e o poder político para a solução dos problemas da administração. No momento da identificação de situações que ensejam decisões discricionárias, existem elementos de ordem política, econômica, social que se fazem presentes e que devem ser levadas em conta no momento de decidir. Os avanços obtidos pela abertura cognitiva não devem ser desconsiderados.

O direito então deve reconhecer os efeitos que as decisões produzidas em seu ambiente (contexto jurídico) são capazes de produzir uma auto-observação, ou seja, criam expectativas decisórias intrassistêmicas e isso quer dizer que toda decisão tomada no âmbito jurídico tem repercussões sobre os outros subsistemas parciais como a economia, a política e a cultura. É por isso que precisa conferir a estabilização necessária das expectativas possíveis sob pena de não cumprir a sua função de controlar o risco previsível/tolerado. O direito assim poderá assegurar que possíveis riscos, gerados por suas próprias decisões, estejam dentro de certa margem de tolerância.

A procedimentalização dos atos administrativos exige o respeito e prévia consulta aos administrados afetados quando da edição de um ato estatal executado na função administrativa. Um ato unilateral da administração que possa ofender um ato jurídico perfeito e ultrapassar os limites de discricionariedade da administração pública pode ser submetida ao controle pelo próprio sistema²⁰².

A possibilidade do Poder Judiciário interferir em políticas públicas que, a princípio, poderiam ser manifestadas através de escolhas discricionárias da administração nos parece ser um sintoma desta imposição do dever de procedimentalização. O Supremo Tribunal Federal evoluindo do conceito tradicional de discricionariedade, passou a impor limites, inclusive quanto à expectativa dos administrados, no cumprimento das normas.

²⁰¹ Para Luhmann, o conceito pressupõe que todo sistema autopoietico (como acontece com o direito) opera como sistema determinado pela sua estrutura; ou seja, como um sistema que só pode determinar as próprias operações mediante estruturas específicas. In: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**.

²⁰² MS 27851, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator (a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/09/2011, DJe- nº. 222 de 22/11/2011 EMENT VOL-02631-01 PP-00027.

Em alguns julgados, a Corte Suprema tem entendido que:

“os agentes da administração não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais²⁰³”

A questão em debate possui relevância e se mostra bastante útil. É possível encontrar atos cotidianamente editados pela administração pública que expõem as dificuldades de se conferir um tratamento mais seguro às questões referentes à concessão de poder e controle aos órgãos da administração. Tome-se como exemplo a recente edição da Medida Provisória nº 541, de 2 de agosto de 2011 que dispôs sobre a ampliação de competências no Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, criado pela Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973.

Pela medida provisória, o Instituto, que é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, é competente para elaborar e expedir regulamentos técnicos que disponham sobre o controle metrológico legal, abrangendo instrumentos de medição. Pode ainda, exercer poder de polícia administrativa, expedindo regulamentos técnicos nas áreas de avaliação da conformidade de produtos, insumos e serviços, desde que não constituam objeto da competência de outros órgãos ou entidades da administração pública federal, abrangendo execução, coordenação e supervisão das atividades de metrologia legal e de avaliação da conformidade compulsória por ele regulamentadas ou exercidas por competência que lhe seja delegada, além de atuar como órgão acreditador oficial de organismos de avaliação da conformidade.

²⁰³ (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Esse rol de competencias foi ampliado pela lei em razão da experiencia acumulada pela entidade ao longo de existencia. Justamente por ser um órgão de natureza técnica, poder-se-ia dizer que o exercicio de sua competencia delegada pela lei será exercida (tecnicamente) para alcançar os melhores resultados desejados pelo sistema de controles e metrologia.

Ocorre, porém, como já se apresentamos em linhas anteriores que a simples referencia à expertise técnica do órgão não deixará livre a apresentação de problemas para definir critérios decisórios nos momentos em que a lei concede **poderes de avaliação, designação e decisão**.

Em realidade, a norma deveria determinar que o órgão, a partir de suas rotinas decisórias, construia programas que possam definir as situações que ensejam a sua atuação discricionária. Descrever quais os critérios que podem ser observados como regra em situações postas à sua avaliação. Definir, tanto quanto possível, em que medida os administrados submetidos à sua fiscalização poderão ser punidos pela inobservancia das regras técnicas, consideradas fundantes da estrutura e das finalidades do órgão.

Neste caso, decidir não significa apenas um processo de reflexão que serve de preparação para a ação do sujeito, isso poderia levar a ideia de que toda a decisão leva necessariamente a uma ação. Isso não é possível porque através da seletividade operada na organização se diferenciam decisão e ação²⁰⁴.

Isso significa conferir, certamente, maior segurança, previsibilidade de sua atuação e com o esclarecimento das expectativas do órgão e possibilidades de sanção previstas. Certamente se poderá permitir uma maior interação com o meio social que pretende regular e fiscalizar, poupando violação de expectativas. A maior parte dos problemas envolvendo as escolhas discricionárias da administração e os sujeitos destinatários destas escolhas é a ausencia de transparencia acerca do que se pretende analisar.

²⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **Organización y decision. Autopoiésis, acción y entendimiento comunicativo**. Antrophos, México, 1997, p. 8

O exemplo dos concursos públicos parece expressivo nesta linha de raciocínio que estamos desenvolvendo. Nenhum candidato que seriamente se habilita a fazer um concurso público espera que a administração, ao fazer a seleção das questões, o faça de modo a forçar a eliminação dos candidatos. Aquele que se submete ao exame tem a expectativa de ser aprovado pela sua capacidade de resposta, já o que corrige precisa atentar àquilo que foi disposto no conteúdo programático do edital. O problema se apresenta quando o edital apenas encarta o rol de assuntos sem expressamente informar como o tema poderá ser abordado.

É possível que exista uma diferença entre as expectativas dos sujeitos envolvidos no processo de avaliação. Os primeiros podem estar mais preocupados com a redução do número de candidatos que serão classificados para as fases seguintes, já que precisam reduzir a diferença entre o número de inscritos e o número de vagas disponíveis. No entanto, os candidatos podem estar mais preocupados com as questões que devem espelhar os conhecimentos básicos exigidos para o desempenho da função. Essa diferença de expectativas pode conduzir a resultados completamente diversos. O sujeito que avalia pode frustrar-se por não ter eventualmente eliminado o maior número desejado de candidatos para que as fases subsequentes se tornem menos numerosas, mas também pode ser que os candidatos se insurjam contra os aspectos irrelevantes das questões unicamente vocacionadas à exclusão daqueles que não alcançaram o objetivo inscrito na elaboração da questão.

Se aqueles que se submetem a uma avaliação por parte da administração (concorrência) tivessem prévio conhecimento sobre o que efetivamente se pretende avaliar, seria reduzido o número de irresignações quanto ao modo de abordagem dos conteúdos. Ainda assim não se diminuiria a margem de discricção por parte da administração no momento específico de aferir quem, e porque, haveria logrado o melhor resultado, notadamente quando se tratasse de questões com respostas discursivas ou analíticas, mas poderia haver uma diminuição da margem de atritos entre as expectativas dos sujeitos envolvidos.

Como seria possível solucionar a segunda parte da atuação discricionária, quando existe um campo de valoração subjetiva? Quando se pudesse submeter a uma

comparação entre aquilo que foi exposto como finalidade a ser alcançada e as demais respostas apresentadas pelos concorrentes em comparação com a experiência da administração diante da solução de questões práticas que foram postas no exame.

Em outras palavras a objetivação de possibilidades suscetíveis de avaliação subjetiva passaria pela utilização da experiência administrativa, já existente na solução de problemas concretos e compartilhados com outros órgãos, em consonância com aquilo que a comunidade participante do sistema (administração pública) concorda quanto ao estabelecimento dos fins a serem alcançados e utilização desse padrão decisório como parametro para aferição de rendimento dos concorrentes. Isso pode representar uma tentativa de objetivação de um processo que ainda transita por espaços de alta subjetividade.

Não se pode afirmar que esse procedimento pudesse garantir, em definitivo, a inexistência de qualquer insurgência, mas poderia reduzir as margens de atrito e, conseqüentemente, dar maior estabilidade decisória em questões discricionárias. A experiência tem demonstrado que esse modelo vem sendo parcialmente adotado em concursos públicos para carreiras de estado como juízes, promotores, procuradores, auditores e delegados de polícia, funções que exigem dos seus ocupantes a capacidade analítica e a fazer escolhas acerca da melhor aplicação da regra administrativa. Os concursos de provas e títulos para estes cargos, em regra, exigem conhecimentos acerca do posicionamento dos tribunais bem como posicionamento adotado no âmbito da administração pública sobre os temas propostos para análise.

Isso é uma forma de conferir uma maior concreção aos requisitos dos candidatos que estão sendo avaliados e uma maior segurança de que o concorrente está, efetivamente – ao menos em tese -, atualizado diante das questões controvertidas da aplicação da legislação pela administração em casos concretos.

No âmbito jurisprudencial é possível encontrar poucas decisões que vêm utilizando o instrumental da teoria dos sistemas para decidir de forma racional em espaços cuja valoração sempre foram altamente discricionários. Talvez de forma não consciente, a

busca de uma racionalidade para estas decisões reveste a preocupação em redução do arbitrio e maior justificação das escolhas, inclusive para o magistrado, cuja estrutura do sistema jurídico brasileiro permite uma maior liberdade de valoração dos fatos para aplicação de normas, o que não acontece com o espectro geral de atuação administrativa²⁰⁵.

²⁰⁵ CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. MORALIDADE JURÍDICA (CF/88: ART. 37, CAPUT). NOMEAÇÃO DE FILHA DE PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ADJUNTO DA SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO JURÍDICO. 1. A inserção de racionalidade moral, altamente legitimada em expectativa cognitiva social transformada em normativa e condensada no art. 37 da Carta, confere o nível conceitual da moralidade jurídica voltada para bloquear atos lesivos dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e retidão), que o consenso popular brasileiro exige do agir de seus agentes públicos. 2. A pressão seletiva social assim plasmada no art. 37 da Carta, presente, portanto, no Estado de Direito brasileiro, afasta a atuação de agente público ocupante do cargo de Secretário Geral da Presidência da República no sentido de nomear a filha do Presidente da República para o cargo de Adjunto da Secretaria Geral da Presidência, porque isso implica um agir ocultamente estratégico voltado para a satisfação de interesses pessoais e não orientado para o entendimento, o acordo, o consenso, que gerou a condensação da expectativa normativa. 3. Apelações e remessa oficial não providas. (AC 199901000400007, JUIZ FEDERAL CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ (CONV.), TRF1 - SEGUNDA TURMA SUPLEMENTAR (INATIVA), DJ DATA:03/03/2005 PAGINA:34.) PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. SUM-71 DO EXTINTO-TFR. LEI-6899/81. SENTENÇA RESCINDENDA CONTRARIA A ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SUM-148/STJ. PRINCÍPIO " JURA NOVIT CURIA ". DIREITO OFENDIDO. 1. A questão, em princípio, poderia ser resolvida simplesmente pelo entendimento dominante de que " Súmula não sendo Lei, sua violação não autoriza ação rescisória ". 2. Entretanto, na nova sociedade participativa, a participação do Judiciário se manifesta, por excelência, na Súmula. Por ela, o Judiciário comunica aos demais entes políticos a sua vontade. A Súmula é assente, com força de lei, pelas cúpulas dos Tribunais, constituindo uma para-legislação, segundo os dizeres de José Pereira Lira. 3. As decisões rescindendas deixaram de aplicar o enunciado da SUM-71/TFR, no que se refere ao início da correção monetária das diferenças devidas, contrariando entendimento tranqüilo desta Corte, e causando um grave prejuízo aos demandantes, que estavam amparados em enunciado Sumular e na legislação que deu origem à SUM-71, LEI-5890/73 e DEC-77077/76. 4. Na época em que foram proferidas as sentenças rescindendas, não havia dúvida sobre a questão da correção monetária dos débitos previdenciários no seu aspecto temporal. 5. A SUM-148 do STJ ensina que a correção monetária a ser aplicada nos débitos previdenciários deve observar os índices da LEI-6899/81, todavia, em momento algum, prevê que o termo inicial seja o ajuizamento da ação. Aliás, são inúmeros os julgados que, após a edição do enunciado, afirmam que a correção monetária é devida desde o inadimplemento da obrigação. 6. A parte não invoca contrariedade, fundamenta na Súmula e alude à correção monetária, mas o princípio do jura novit curia é aplicável às ações rescisórias. Ao autor cumpre precisar os atos que reclamam a concessão da providência jurídica, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal. Na ação rescisória, a violação a literal disposição de lei é elemento que integra a causa de pedir e, como tal, submete-se ao princípio jura novit curia. 7. Na época dos fatos, a inflação era crônica e crescente, não sendo correto interpretar a correção monetária como um plus que se acrescenta, mas um minus que se evita. Constitui-se num mecanismo hábil a evitar o enriquecimento sem causa. 8. A opinião de que ao indicium rescidens não vão somente as sentenças proferidas contra direito escrito nunca deixou de ser a dos grandes juristas. O direito, e não a lei como texto, é o que se tem ofendido. 9. Rescindidas as sentenças juntadas aos autos, no ponto específico, julgando novamente as causas, para determinar seja aplicada a correção monetária, utilizando os indexadores da LEI-6899/81 sobre as diferenças impagas desde a época em que deveriam ter sido adimplidas. 10. Ação rescisória provida. AR 9204071249, MARGA INGE BARTH TESSLER, TRF4 - SEGUNDA SEÇÃO, DJ 24/12/1996 PÁGINA: 99350.

Como expõe **Rodolfo Soares Ribeiro Lopes**²⁰⁶, a diferenciação dos sistemas requer diferenciações internas, desenvolvidas ao mesmo tempo em que o sistema se desenvolve. No sistema jurídico existem diversos outros subsistemas no seu interior, distinguindo-se as zonas contato com o entorno, sujeita a inúmeras e diversificadas irritações, além do centro, no qual se localizam os tribunais, responsáveis por garantir a unidade do sistema jurídico. Ou seja, visam a estabilizar expectativas contrafáticas e, assim, lidar com o paradoxo da decisão.

Vale frisar, diz o autor, que a distinção centro/periferia não se refere a qualquer diferença ou posição social, o que se busca é tornar possível que a legislação possa complementar as decisões, da mesma forma que as decisões possam tornar possível a legislação; o centro não pode operar sem a periferia e vice-versa, mas o importante é assumir a relação existente entre legislação e decisão jurídica de forma circular, como limitação mútua no âmbito de decisões.²⁰⁷

Observa argutamente que quando, por longo tempo, a teoria do direito tinha essa relação como assimétrica, visava a evitar assumir, sobretudo, que os tribunais criam direito, substituindo a referida afirmação pela de que, através da descoberta da lei, ocorria sua mera aplicação. Em outras palavras, fugia-se da função paradoxal dos tribunais. A decisão, assim, é a diferença que constitui alternativa, ou seja, é a terceira opção excluída pelas duas alternativas dadas, a unidade da diferença; as decisões apenas podem ser feitas se a indecisão for dada. Ademais, o paradoxo da decisão é como um observador, que não pode ser ele mesmo uma distinção com a ajuda da qual define alguma coisa, mas tem que excluir a si próprio como um ponto cego da observação, o que envolve tempo²⁰⁸.

O recurso utilizado para viabilizar a unidade da diferença entre passado e futuro é, então, o presente, que é o ponto cego do tempo. Devido a essa possibilidade, o sistema pode utilizar o tempo como o momento para que a decisão ocorra, mudando o que não poderia ser mudado de outra forma no passado e o que ainda pode ser

²⁰⁶ LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. **O paradoxo da decisão e a função dos tribunais brasileiros na concretização do direito à saúde: observações a partir da perspectiva teórico-sistêmica de Niklas Luhmann**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Idem.

alterado no futuro. Por conseguinte, pode-se notar que a decisão não é determinada pelo passado, mas opera de acordo com suas próprias construções, que apenas são possíveis no presente, fato que leva as Cortes a se precaverem contra possíveis consequências trazidas pela decisão, mesmo que não sejam capazes de prevêê-las totalmente, já que outras decisões posteriormente irão interferir nas anteriores. Essa incapacidade de lidar com o futuro, portanto, gera a ilusão de que as decisões devam ser determinadas pelo passado²⁰⁹.

Os tribunais, como se percebe, desempenham importante papel na “desparadoxização” do paradoxo, já que, de acordo com o princípio da proibição do non liquet, são forçados a decidir os casos a eles submetidos – mesmo quando não podem decidir – e, assim, obrigatoriamente lidam com a questão do paradoxo da unidade da multiplicidade da decisão jurídica, transformando indeterminação em determinação através de distinções. A importância da distinção (centro/periferia) reside no fato de que os tribunais ficam responsáveis por garantir a consistência do sistema, sua unidade, enquanto a periferia fica exposta a variadas pressões advindas do entorno filtrando as que podem ser processadas de acordo com o código jurídico e, assim, apreciadas pelos tribunais.²¹⁰

Por certo que muitas críticas são feitas ao pensamento luhmaniano, notadamente em razão de sua ideia de que a evolução tecnológico-científica superou irrevogavelmente o limiar histórico dentro do qual fazia algum sentido referir ao homem as relações sociais. Dessa asserção epistemológica deriva a crítica mais enfatizada do “desencantamento luhmaniano”: o esvaziamento de qualquer conteúdo de valor e, por conseguinte, de qualquer carga progressista e de consenso ou participação. Para a teoria dos sistemas, o problema se resolve através da otimização dos mecanismos procedimentais institucionalizados, através dos quais assumem um papel *participacionista*.

Contudo, algumas das conclusões a que este autor chegou servem certamente para uma reflexão profunda sobre os desafios que estão por vir. Uma teoria organizada para o processo de decisão na administração pública ainda não existe. Em regra, o

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ Idem.

modelo padrão de decisão é aquele baseado apenas numa análise da legislação, pareceres jurídicos com vistas a uma necessidade de uniformização.

Mas, não será também, apenas a automatização crescente de métodos administrativos que levará a um exame cuidadoso do progresso da decisão. A diferenciação especializada de outras contribuições isoladas e a forte dispersão de informação relevante e dos contatos externos exigem igualmente a organização de cada repartição que estão ligadas ao processo de decisão, de modo que possa abranger o maior numero de informação – sem sobrecarga – para o entrocamento dessa rede e produção da decisão.

Para isso, a administração deve ser planejada como sistemas de processos de decisão, com objetivo de so ativar as informações relevantes possivelmente onde e quando desempenhem uma função seletiva. Isto pressupoe em compensação, segundo Luhamnn²¹¹, que a relação das decisões parciais e isoladas se organiza no sentido de um esforço mutuo de seletividade, de tal forma que uma repartição possa utilizar, como premissa, trabalhos de seleção de outras repartições.

Essa exposição permite até mesmo cogitar a possibilidade da administração publica produzir um banco de dados com um extrato (resumo) de seus principais julgamentos envolvendo os assuntos de cada repartição – como uma espécie de repositório de jurisprudencia administrativa – como feito pelos tribunais (judiciais, de contas e de contribuintes) porém, com alcance mais almplos, apresentando diretrizes gerais a serem observadas pelos agentes públicos diante das situações postas para decisão da administração pública. Com o passar do tempo, é possivel que os inputs apresentados à administração pública contribuam para ampliação da experiencia e compartilhamento dos órgãos quanto às informações decisórias.

A informática através de programas seriam capazes de fazer a análise automática dos dados e associá-los a partir de elementos de congruencia fática, servindo de parâmetro aos agentes públicos verificarem se outras experiencias já vividas em outros órgãos (repartições) se assemelham, de que forma foram resolvidas e se há,

²¹¹ LUHAMNN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, UNB, 1999, pp.167.

por parte de outros subsistemas decisórios (poder judiciário e tribunais de contas) concordância quanto aos resultados. Isso permitiria uma total interação entre os diferentes órgãos, simplificando os padrões de respostas e minimizando os riscos de respostas diversas. Em outras palavras, contribuiria para a construção de um modelo de segurança também nas decisões administrativas.

Certamente que essa proposta não é irreal, isso porque, o uso dos meios proporcionados pela informática, muito mais avançados do que aqueles disponíveis ao tempo em que Luhmann sustentava as ideias suas de informatização da administração pública, já permitem a compilação eletrônica de dados, criação de um banco de informações e análises dos dados e sua interação.

Isso não significaria retirar a função estrutural desempenhada por cada repartição ou órgão, já que cada um deles também deveria produzir informações capazes de resolver seus problemas internos. Quanto a isso não há novidade alguma, pois, já é feito no âmbito dos ministérios federais e secretarias estaduais. Os municípios, salvo honrosas exceções, ainda estão longe desses resultados; mas o que há de inovador nessa proposta é que se busque interação entre os diversos sistemas existentes, permitindo assim uma maior seleção, pela própria administração e consequentemente uma melhor instrumentalização para as respostas (outputs) que precisa oferecer aos administrados; em um tempo menor e com menores chances de irritações (conflitos intrassistêmicos).

6.2. Como a teoria dos sistemas pode contribuir para a observação/descrição de situações que autorizam uma pluralidade de interpretações: a diferenciação nos processos decisórios.

Uma advertência deve ser feita preliminarmente sobre esta questão. A teoria dos sistemas não constitui uma teoria propositiva que permita apresentação de soluções ideais. A teoria dos sistemas pode se propor a uma descrição do modo pelo qual atuação administrativa opera em uma sociedade complexa. Neste sentido, o controle das decisões administrativas pode ser feito por meio de procedimentos institucionalizados. Essa institucionalização pode ter o efeito reduzir a pressão dos

fenômenos sociais sobre o sistema jurídico²¹². Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr, com apoio em Luhmann, as decisões podem ser controladas procedimentalmente, fixando-se os meios e deixando em aberto as consequências, ou fixando-se as consequências a serem atingidas e deixando-se em aberto os meios utilizáveis. No primeiro caso, em que os meios são previamente fixados ocorreria uma programação condicional enquanto no segundo uma programação finalística.

Na programação condicional, a responsabilidade de quem decide está relacionada ao uso correto uso dos meios. Se a consequência será atingida ou não, isso não decorre de uma responsabilidade direta de quem decide. Isso acontece em casos de competência vinculada (adstrita) à lei. Quando a lei impõe determinadas decisões a serem tomadas como meios para consecução de determinadas finalidade públicas, se tais finalidades não forem atingidas o problema não é de reponsabilidade de quem executa o mandamento legal. A dificuldade de realização da finalidade planejada pode estar associada a outros fatores como por exemplo, a má formulação da política pública, sem uma análise mais detida sobre as possíveis consequências do ato e meios de neutralizar as consequências deletérias. Se o governo determina a redução de um determinado tributo sobre uma cadeia de produção no intuito estimular a diminuição dos custos de produção, certamente isso implicará em diminuição de arrecadação (déficit de receita). Mas o governo não tem como prever se, efetivamente, o setor produtivo irá transferir esse benefício ao consumidor final com uma redução real do custo do produto ou serviço ou manterá a composição dos seus preços pressionando alta de seus lucros e consequentemente mantendo os níveis de inflação, inicialmente atacados pela política de desoneração tributária. Neste caso teríamos uma incompatibilidade entre o meio utilizado e o fim alcançado.

No outro caso, quando ocorre a programação finalística o sujeito responsável pela decisão é também responsável pelo resultado ser alcançado. Ele suporta a responsabilidade pela carga decisória porque o sistema confere a ele a possibilidade de escolher os meios para alcançar o resultado. Neste campo se encontra a discricionariedade administrativa. A responsabilidade de quem decide nestes casos

²¹² FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, precisão e dominação**. São Paulo, Atlas, 2003, p. 321.

de programação finalística decorre do aspecto de que o sujeito não pode ignorar que sua decisão deve levar em consideração a correta forma de atingir a finalidade, “*havendo entre meios e fins uma solidariedade não ignorável*”²¹³.

Analisando os processos de decisão no âmbito da administração pública, parece correto afirmar que o sujeito que decide (agente da administração) sempre formulará regras gerais para sua decisão. Se elas não estão dadas de maneira, **a priori**, precisarão ser encontradas, e sua generalidade reside exatamente na expectativa assim gerada. Essa generalização transcende os momentos e os casos, e por isso toda decisão precisa pretender ser generalizável²¹⁴ não devendo ser concebida como a lei do caso particular²¹⁵. Assim, ao considerar que a generalização já reside na própria forma normativa das expectativas, a diferenciação pode ser buscada na forma como se dá o tratamento a um aspecto genérico do caso, jamais uma contraposição entre genérico e particular.

Essa contraposição pode contribuir para certo *decisionismo* dentro da administração, notadamente quando existe alguma margem de liberdade ao sujeito que decide para este possa valorar a situação e escolher discricionariamente aquela que, aos seus olhos, se mostre mais apropriada. É importante ter em mente que o sujeito que decide em âmbito concreto tem uma vinculação com as premissas de sua decisão, o que produz uma espécie de auto comprometimento onde cada decisão deve vincular a compreensão desse sujeito aos casos futuros.

Assim, o que a teoria dos sistemas pode oferecer é a possibilidade de uma descrição nos casos em que sua multiplicidade de fatores conduz a múltiplas soluções. Essa descrição pode no início apenas permitir uma compreensão sobre as implicações dessa decisão. Um ambiente social de alta complexidade não permite uma visão ampla de todas as consequências que decorrem de más escolhas

²¹³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, precisão e dominação**. Idem, p. 322.

²¹⁴ LUHAMNN, Niklas. **Sociologia do direito**, vol. 2. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985, p. 34-35.

²¹⁵ Neste passo, não é coerente com a teoria luhmaniana a formulação segundo a qual a decisão administrativa ou mesmo judicial faz lei entre as partes. A vinculação da decisão administrativa somente pode ser operacionalizável na medida em que possa ser igualmente generalizável.

administrativas, mas pode oferecer uma diversificada perspectiva sobre as condições de possibilidade existentes.

Uma questão que ainda se apresenta paradigmática é o conflito de competência normativa em matéria de licenciamento ambiental. Em que pese a regulamentação do dispositivo constitucional a edição da lei complementar não parece ter sido suficiente para acomodar situações de premente sobreposição de competências normativas.

Sustentamos em linhas anteriores que a Lei Complementar nº. 140 de 08.12.2011²¹⁶ não conseguiu resolver o impasse de administração policêntrica pois, apesar de

²¹⁶ Art. 12. Para fins de licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, e para autorização de supressão e manejo de vegetação, o critério do ente federativo instituidor da unidade de conservação não será aplicado às Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

Parágrafo único. A definição do ente federativo responsável pelo licenciamento e autorização a que se refere o caput, no caso das APAs, seguirá os critérios previstos nas alíneas “a”, “b”, “e”, “f” e “h” do inciso XIV do art. 7º, no inciso XIV do art. 8º e na alínea “a” do inciso XIV do art. 9º.

Art. 7º São ações administrativas da União:

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
- f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;
- g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
- h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;

Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;

Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

XIV - observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

- a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou
- b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

regulamentar a norma posta pelo parágrafo único do art. 23 da CF, não conseguiu estabelecer de forma segura uma repartição de competências entre os entes federados no que diz respeito às licenças ambientais. Uma análise detida dos artigos 7º, 8º e 9º da LC 140/2011, permite afirmar que o texto outorga aos diferentes entes federados - união, estados e municípios – atribuições muito próximas e em alguns casos idênticas e que na situação concreta, dificilmente asseguram ao administrado a segurança de que está obtendo a sua licença ambiental junto ao órgão administrativo competente. Para que fosse possível uma redução destas contradições seria necessário o estabelecimento de limites funcionalmente determinados. A teoria dos sistemas neste aspecto pode apenas formular as implicações e consequências que essa administração policêntrica pode ter e as consequências de sua diferenciação atingindo um determinado nível de complexidade. A teoria não pode formular prognose sobre o futuro.

O fato é que sempre que o sistema normativo amplia o número de sujeitos aptos a procederem a tais decisões, ainda que exista a justificativa de uma ação integrada entre os entes federados, a margem de liberdade afasta o sujeito que decide dos programas condicionais. As consequências ampliadas desse desenvolvimento, nem sempre intencionais, podem conduzir a uma significativa insegurança jurídica e a capacidade do direito orientar o comportamento da vida cotidiana²¹⁷.

Como diz Luhmann, a rigor trata-se aqui de um problema de racionalização interna da decisão da administração. A administração deve ser planejada como sistemas de processos de decisão, com objetivo de somente ativar uma decisão ou informação quando elas forem seletivamente importantes. Como sustentado em linha anteriores, a função seletiva da administração pública pressupõe um esforço mútuo dos demais órgãos no sentido de selecionar decisões parciais que irão agregar à formação de uma experiência decisória a outros órgãos. Um padrão de decisão somente se tornará seletivo e funcional, se e somente se, houver uma padronização que abranja o próprio processo de decisão permitindo uma frequente revisão do mesmo²¹⁸.

²¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol. 2. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, p. 41.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, ed, UnB, 1980, p. 167.

É importante advertir que não será apenas um processo de racionalização que assegurará um exame cuidadoso do processo de decisão. Projetos padrão de decisões administrativas, cálculo de gastos ou orientação pela regra do interesse do órgão ou ente federado, podem resvalar em ponto de vista pessoal como se os teores das decisões já fossem previamente dados²¹⁹.

Contudo, para Luhmann, o pensamento de uma organização ótima dentro de um ambiente de alta complexidade como a administração pública é sempre difícil. Quanto maior for a complexidade de um sistema, maior será a necessidade de aumentar sua racionalização pra diminuir essa complexidade. Com isso a sobrecarga de racionalidade exequível pode tornar difícil aos processos administrativos apresentar funções legitimadoras. Nas suas palavras:

*“difícilmente a disposição dos passos de decisão da administração, do ponto de vista de um aprofundamento racional do problema e de oportunidades maiores para resultados úteis tal como aqueles a que ambiciona a moderna investigação da organização da teoria da decisão, poderá adotar uma forma que apresente simultaneamente uma situação ótima quanto a um efeito de propaganda e proporcione ao cidadão o sentimento de ser interveniente num assunto próprio. É precisamente perante os olhos do público que se separam, de um lado eficiência, e de outro o valor de satisfação ou legitimação da decisão(...)”*²²⁰

Luhmann reconhece que um olhar mais detido sobre as condições de decisão da administração são tão diversificadas que é difícil um processo de padronização/institucionalização. As decisões da administração precisam se orientar para um determinado objetivo. Deste modo, a maneira pela qual seria possível de estabelecer um contato entre a decisão e a expectativa do público em relação à decisão seria buscar meios aceitáveis de compensação por meio da cooperação. Esse mecanismo reduz o campo de possibilidades de atuação da administração na medida em que pode também reduzir o alcance de poder de suas decisões, agora compartilhadas quanto à responsabilidade e o atingimento de seus objetivos²²¹. Em outras palavras, quanto mais reduzida for a corresponsabilidade da administração com os objetivos das decisões, menores serão as liberdade de decidir. Para nós, isso vale para as decisões discricionárias.

²¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Idem**, p. 167.

²²⁰ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, idem, p. 168.

²²¹ Idem, p. 169.

Parece-nos, contudo, que neste ponto, Luhmann não considerou o alcance que sua teoria poderia ter se, neste particular, utilizasse os processos comunicativos como meios de aproximação entre essa racionalidade e o valor (legitimidade) que inicialmente considera impossível de conciliar com a racionalização do processo decisório na administração complexa.

É possível que a comunicação se torne o vetor de aproximação para o acesso dos valores ao sistema racionalizado de decisões administrativas sem perder de vista a necessária programação condicional dessas decisões; se este elemento for desconsiderado, causará grande insegurança jurídica. O processo de decisão da administração, neste particular, parece ser muito próximo aos processos de decisões judiciais. Vimos anteriormente que a decisão judicial está vinculada ao sujeito que decide porque, embora programada condicionalmente à realização de um objetivo (estabilização das expectativas), o juiz também está muito mais limitado quanto às possibilidades de decisão que o legislador, por exemplo. Eis aqui a contribuição da fenomenologia para um olhar além dos limites da descrição e da observação proposta pela teoria dos sistemas.

6.3. A um olhar fenomenológico sobre os critérios da decisão administrativa: uma fenomenologia da discricionariedade administrativa.

Diante da descrição que se pode fazer acerca das condições em que a administração pública faz suas escolhas discricionárias, sustenta-se que sua compreensão se dá no domínio da experiência. Para que haja possibilidade de se estabelecer racionalidade para programas decisórios condicionais, como são as escolhas discricionárias, é fundamental incluir a responsabilidade do sujeito que decide. Não simplesmente para atribuir-lhe a responsabilidade, mas para que efetivamente, se possa existir do sujeito compromisso com sua decisão.

Se a situação concreta não permite, numa primeira intuição do sujeito compreender as diversas condições de possibilidade e medir a consequência do ato, por faltar-lhe experiência vivida para tanto, é necessário que a administração busque essa experiência a partir da interação entre os demais órgãos que compõem o subsistema da administração pública. A busca dessa experiência se dará certamente pela

interação através da comunicação para que o sujeito não perca de vista a finalidade que deseja alcançar.

Nem sempre essa comunicação conseguirá alcançar a cooperação dos administrados destinatários da decisão, mas o fechamento operacional da atuação administrativa deve sempre permitir que a interação também ocorra com outro sistema que é a sociedade. Através de procedimentos racionalizados a administração pode permitir momentos e etapas no processo de construção da decisão em que entidades da sociedade civil exponham sua experiência sobre o assunto, apresentem ideias que podem contribuir para que o sujeito que irá decidir possa ponderar as diversas experiências que foram comunicadas ao subsistema. Com isso, a comunicação se torna um vetor de acesso dos valores ao processo decisório de um programa condicional, pois, o sujeito responsável pela decisão poderá conhecer um maior número de experiências e ponderar qual das escolhas poderá justar de maneira mais organizada as expectativas existentes acerca dos resultados daquela decisão.

Essa compreensão certamente não exclui a importância do sujeito que será sempre o principal responsável pela escolha. O sujeito que decide é visto não como um *super-homem* que pode, sozinho, conceber todas as possibilidades de decisão que a experiência de vida lhe poderia permitir, primeiro porque reconhece a limitação de sua condição de sujeito, a historicidade de sua experiência e os limites dela diante do que foi vivido. Segundo porque não despreza a possibilidade de uma maior racionalização e justificação.

Mesmo que as escolhas não adquiram adesão integral de todos os cidadãos, pois, eventualmente poderá não representar as principais aspirações concretas de um ou outro grupo social, todavia, poderá permitir que esse sujeito responsável pela escolha possa ao menos compartilhar as angústias decisórias, principalmente diante das incertezas de resultado.

Compartilhar a ideia de que as escolhas humanas são contingências, inclusive muitas das escolhas discricionárias da administração pública seria um modo de demonstrar que a expectativa social diante do estado não pode ser de absoluto

acerto. Se a sociedade compreende que o Estado é representado por pessoas que mesmo tecnicamente habilitadas para exercer a função, experimentam situações de desconhecimento sobre as consequências dos atos, amplia-se a capacidade de compreensão dos demais sujeitos sobre a responsabilidade de tais escolhas.

A criação de programas decisórios onde a administração pode acumular e registrar experiências decisórias anteriores, como sustentamos no capítulo anterior, pode ajudar, mas não resolvem o problema. A experiência da vida e a complexidade do mundo contemporâneo não é, e jamais poderia ser, igual às experiências e complexidade das situações vividas no passado. Nem maiores, nem menores: diferentes e por isso reclamam soluções diferentes.

A implicação de um olhar fenomenológico sobre discricionariedade administrativa pode-se então dizer que a preocupação da teoria do direito não é mais buscar sua definição ou dizer o que ela seja, mas sim identificar a forma como ela se manifesta e partir desta verificação real contruir seu discurso de fundamentação racional capaz de demonstrar ao administrado que aquela se constitui a melhor escolha dentre tantas outras. Não a única, mas sim a que se aproxima do conjunto de valores que o órgão ou a entidade da administração considera relevante aos seus objetivos. Objetivos que não se consubstanciam em políticas de gestão momentânea, mas decisões que asseguram coerência com as demais decisões já proferidas.

CONCLUSÕES PARCIAIS.

A par das ideias apresentadas nos capítulos anteriores ao tratar das escolhas discricionárias da administração pública através de uma leitura do sentido destas decisões a partir da tecnologia proposta pela teoria dos sistemas, podemos pensar algumas considerações finais, dentro dos limites deste trabalho, expressadas como conclusões parciais, visto que ainda estão abertas à reflexão e ao pensamento. Deste modo podemos apresentar alguns dos principais pontos extraídos dos capítulos:

1. As transformações que se apresentam no mundo contemporâneo, marcado pela contingência e pela hipercomplexidade, mantém uma constante ambivalência entre o risco de decisões administrativas discricionárias que destoem dos programas condicionais estabelecidos e a necessidade estabelecer parâmetros de controles desta atividade de forma mais transparente, institucionalizada e racionalizada.
2. A instauração de uma nova ordem constitucional brasileira a partir de 1988 seguida do processo de institucionalização das instâncias da vida social e coletiva, resultados da democratização do acesso às informações e maior desenvolvimento cultural da sociedade, pressionam e ao mesmo tempo criam maiores condições de conhecimento desta sociedade para que exija decisões mais racionais e justificáveis, não apenas por critérios de justiça, mas também de racionalidade e razoabilidade, impondo assim um onus maior à administração pública no seu dever de fundamentar suas escolhas discricionárias. Isso constitui o novo fundamento da discricionariedade administrativa.
3. O fenómeno da globalização económica e a mudança de paradigmas acerca do papel do estado e da administração pública na contemporânea apresentam novos desafios de solução na gestão pública e na organização administrativa. É reconhecida a insuficiência do Estado como agente capaz de promover, na contemporaneidade, o bem estar social. Os novos desafios da administração pública estão diretamente relacionados à crise do Estado Moderno que não foi capaz de cumprir as promessas da modernidade e deste modo impulsiona a sociedade a buscar outros meios de superar as contingências impostas pela vida e pela nova

organização da comunidade. A necessidade de compatibilizar escassez de recursos com demandas em volume crescente conduz o Estado através da administração pública, buscar soluções de diferenciação funcional dos subsistemas integrados à organização e assim superar os limites de sua atuação através de uma diversificação.

4. A doutrina do direito administrativo moderno, apesar de reconhecer as transformações ocorridas nos últimos cinquenta anos na atuação da administração pública e a resignificação do papel da função administrativa, parece ainda analisar a discricionariedade administrativa baseada em premissas e fundamentos próprios do papel do Estado moderno. Isso pode ser verificado a partir de uma reflexão mais detida sobre a justificação do ato discricionário como manifestação de um dever/poder da administração diminuindo a ênfase sobre as questões de elevada complexidade que envolve as decisões administrativas.

5. Sustentamos que o desenvolvimento da teoria sobre a discricionariedade avançou bastante no que diz respeito a uma compreensão de que as escolhas discricionárias não se justificam apenas como sendo um dever/poder, mas também decorrem de uma expertise técnica a ser desenvolvida pela administração, notadamente em função da diversificação de atividades a serem desempenhadas. A regulação estatal sobre atividades econômicas como saúde, alimentos, alta tecnologia (comunicações e energia) etc, exigem da administração-reguladora a capacidade de rápida renovação e de adaptação de suas estruturas a uma dinâmica de transformação muito mais acelerada e transformadora do que costumam acontecer com outros setores da função estatal, como por exemplo, o Poder Judiciário e as atividades de registro e documentação.

6. Por esta razão a teoria da discricionariedade vem desenvolvendo e superando a antiga concepção da discricionariedade como *uma margem de liberdade outorgada pela lei ao administrador para que possa decidir segundo critérios de conveniência e oportunidade* para envolver nesta noção a compreensão de que existem situações concretas que a lei não pode exaurir a disciplina normativa de uma determinada atuação visto que o legislador não dispõe de meio para regar (a priori) quais seriam os melhores critérios para fazer tais escolhas. Essa abertura no sistema normativo

tem uma justificação maior que é dotar a administração de maior flexibilidade para fazer escolhas mais técnicas que somente podem ser avaliadas no momento de decidir. Essa permeabilidade parte de uma premissa fundamental que é a incapacidade da lei formal prever todas as possibilidades e situações que possam ser enfrentadas pela regulação estatal e por isso deixam uma abertura no sistema normativo para que, através de critérios técnicos ou através de postulados decisórios como a ponderação (razoabilidade e proporcionalidade), as escolhas administrativas sejam pautadas por maior grau de justificação.

7. O desenvolvimento do pensamento jurídico sobre a discricionariedade, apesar de sua grande transformação e evolução, ainda encontra dificuldade de enfrentar a questão da complexidade dos processos decisórios principalmente num estado federado como o Brasil cuja formação da organização administrativa também é igualmente complexa. Não raro, a atuação discricionária da administração provoca certas irritações no subsistema do direito administrativo, ampliando os riscos de desestabilização e incoerências no sistema jurídico, em razão ocorrência de conflitos de competência decisória característicos de modelos de administração policêntrica. No caso do Brasil, é possível verificar que em matéria de regulação ou em matéria ambiental o direito posto, a pretexto de construir um sistema integrado de regulação, fiscalização e atuação, permite a consolidação de diversas normas que além de ferirem contribuem para a desestabilização do sistema normativo, comprometendo a expectativa de certeza e segurança, em verdade permitem o arbítrio decisório pois, a falta de parâmetros claros impede um controle mais racional por parte da instituição que poderia recompor o equilíbrio ao sistema: o poder judiciário.

8. A teoria dos sistemas, apesar das críticas formuladas, constitui interessante tecnologia descritiva sobre o modo como se estrutura e funciona a organização administrativa, inclusive, propondo meios de compreendê-la em busca de maior racionalização para um cenário de complexidade. Não é uma teoria que deseja imprimir um sentido *ontológico ou mesmo valorativo* à organização administrativa, ainda que Luhmann reconheça a importância dos valores dentro do sistema jurídico, a preocupação com a formulação de sua teoria dos sistemas foi construir um modelo descritivo que tenha a capacidade de generalização e abstração capaz de observar

e descrever melhor a complexidade do mundo contemporâneo aqui aplicado à administração pública.

9. Apesar de não se constituir, ainda, em instrumental teórico muito utilizado, crescem as pesquisas e propostas de leitura do sistema jurídico através da teoria dos sistemas. Alguns de seus conceitos mostram-se úteis na formulação de ideias explicativas ao cenário de transformação pelo qual passa o direito contemporâneo. A necessidade de reconhecer o direito como um sistema que interage com outros sistemas como a política, a economia, a cultura, dentro de um sistema maior que se constitui na sociedade. Essa interação promovida através da abertura cognitiva e fechamento operacional permite, ao mesmo tempo, que o sistema (jurídico) possa utilizar outras ferramentas conhecidas e utilizadas em outros sistemas (economia, cultura, política, etc) preservando seus mecanismos, racionalidade e operacionalidade dentro do seu próprio sistema. Isso assegura sua preservação. Essa interação se dá através da comunicação reconhecida pela teoria dos sistemas como vetor de interação. Os processos comunicativos são essenciais para compreensão e interação. Isso não ocorre apenas com os seres humanos, mas também com as organizações e instituições.

10. O direito é visto neste trabalho como uma tecnologia voltada para a decidibilidade de conflitos. Neste sentido, uma questão problema fundamental a ser enfrentado no âmbito desta teoria é exatamente o problema da decidibilidade. Esse problema se torna ainda mais complexo quando se pretende construir uma ideia que reforce o valor da segurança em parâmetros democráticos. Os problemas que surgem a respeito das decisões discricionárias, sua racionalidade, justificação e controle são questões ainda em aberto e que reclamar reflexões pelas mais diversas perspectivas. A teoria dos sistemas oferece uma linha de análise. Não a única nem a melhor, mas uma condição de possibilidade para a observação-descrição do modo como a administração pública estrutura a sua função. A organização administrativa enfrenta um desafio difícil. Conciliar segurança e eficiência. São duas exigências postas pela sociedade contemporânea e permeadas de pontos de atrito (irritações).

11. A teoria dos sistemas tem como proposta a explicação descritiva do estado contemporâneo. Para enfrentar um ambiente mutável, como é o ambiente externo da

administração pública, o sistema (administração pública) deve escolher programas decisórios mais flexíveis, ou seja, optar entre programas condicionais e finalísticos de acordo com a complexidade de situações fáticas submetidas pelo ambiente. Esse instrumental utilizado pela teoria dos sistemas permite melhor coordenação entre estrutura e função do sistema jurídico. A compreensão de que todo modelo equilibrado pressupõe a existência de mecanismos de integração e socialização dos controles. Estes controles estão contidos nas estruturas sociais e na própria administração pública, notadamente, estabelecendo os valores estruturais, os papéis dos agentes, referências aos interesses coletivos – que nada mais são do que a totalidade fundada em sentido e valores comuns – a integração de expectativas dos agentes que fazem parte do sistema a partir do padrão de valores integrativos comuns que serão designados pela institucionalização. A repetição de gestos da administração nada mais é do que a repetição de decisões e cada decisão é comunicação. O que caracteriza a administração são seus programas decisórios, sendo a rotina um tipo especial de programa (decisório). Se a administração é um sistema social, portanto, aberto aos estímulos do ambiente, ele pode estar em constante adaptação. Essa noção permite entender que a administração é um sistema social de limites estáveis e ao menos previsíveis já que ela se move em um mundo comunicacional e existe um previo conhecimento sobre quais as possibilidades de comunicação no âmbito da administração pública. Isso implica reconhecer que, por exemplo, se digo que a moralidade administrativa, como regra a ser seguida pela administração pública e o ambiente permite o identificar o que não é moralmente aceitável para padrões de decisão administrativa, posso reconhecer que os limites da moralidade e da não moralidade administrativa são postos, de forma mais ou menos intuída, pelos agentes públicos. Certamente essa intuição não está livre dos desvios de mal comportamento, mas eles devem ser reconhecidos como variações existentes na rotina da administração e por isso mesmo, capazes de previsão com expectativa de punição.

12. Uma teoria organizada para o processo de decisão na administração pública ainda não existe. Em regra, o modelo padrão de decisão é aquele baseado apenas numa análise da legislação, pareceres jurídicos com vistas a uma necessidade de uniformização. Mas a automatização crescente de métodos administrativos que poderá levar a um exame cuidadoso do progresso da decisão. A forte dispersão de

informação relevante e dos contatos externos exigem igualmente a organização de cada repartição que estão ligadas ao processo de decisão, de modo que possa abranger o maior numero de informação – sem sobrecarga – para o entrocamento dessa rede e produção da decisão. Para isso, a administração deve ser planejada como sistemas de processos de decisão, com objetivo de so ativar as informações relevantes possivelmente onde e quando desempenhem uma função seletiva. Isto pressupoe em compensação, segundo Luhamnn , que a relação das decisões parciais e isoladas se organiza no sentido de um esforço mutuo de seletividade, de tal forma que uma repartição possa utilizar, como premissa, trabalhos de seleção de outras repartições. Essa exposição permite até mesmo cogitar a possibilidade da administração publica produzir um banco de dados com um extrato (resumo) de seus principais julgamentos envolvendo os assuntos de cada repartição – como uma espécie de repositório de jurisprudencia administrativa – como feito pelos tribunais (judiciais, de contas e de contribuintes), porém, com alcance mais almplos, apresentando diretrizes gerais a serem observadas pelos agentes públicos diante das situações postas para decisão da administração pública. Com o passar do tempo, é possível que os inputs apresentados à administração pública contribuam para ampliação da experiencia e compartilhamento dos órgãos quanto às informações decisórias. A informática através de programas seriam capazes de fazer a análise automática dos dados e associá-los a partir de elementos de congruencia fática, servindo de parâmetro aos agentes públicos verificarem se outras experiencias já vividas em outros órgãos (repartições) se assemelham, de que forma foram resolvidas e se há, por parte de outros subsistemas decisórios (poder judiciário e tribunais de contas) concordancia quanto aos resultados. Isso permitiria uma total interação entre os diferentes órgãos, simplificando os padroes de respostas e minimizando os riscos de respostas diversas. Em outras palavras, contribuiria para a construõa de um modelo de segurança também nas decisões administrativas.

13. A segurança jurídica constitui um valor social importante. Não o único, ou o mais importante, mas um valor que permite a convivencia social e a harmonização das diferenças existentes em um sistema heterogêneo. A função do valor ontológico da segurança (jurídica) é estabilizar as expectativas normativas. No mundo complexo da contemporaneidade a segurança não poder vista como uma adstrição à lei. A

objetividade do direito não está apenas na letra formal ou no formalismo puro, mas em uma procedimentalização valorativa. Que ponham no centro do processo decisório uma preocupação com a realização de valores. Estes não podem ser definidos a priori, devem ser resultado da comunicação dos sujeitos envolvidos, pois, são construídos sempre a partir da interação real e não ideal. A reconstrução da noção de objetividade passa exatamente pela experiência. A realidade como doadora de objetividade e a comunicação como meio de acesso dos valores ao sistema jurídico.

14. O panorama de atuação da administração pública na contemporaneidade parece evidenciar um paradoxo existente na relação entre democracia e eficiência. A primeira pressupõe um grau maior e mais efetivo de participação dos cidadãos, enquanto que a segunda parte da premissa que a otimização de escolhas as vezes requer uma redução das possibilidades de acordo com parametros que alcancem o melhor resultado. Assegurar maior participação significa ampliar o número de atores sociais responsáveis pela escolha, como se permitisse um numero maior de agentes competentes para isso. Porém, tratando-se de organização administrativa e decisões a serem tomadas, essa noção pode caminhar exatamente para um policentrismo decisório, onde diversas e diferenciadas instancias de poder administrativo podem exercer competencia decisória a fim de realizar a melhor escolha e possupostamente mais democrática. Contudo, essa direção também pode apontar para uma difícil coordenação dos agentes competentes para decidir de modo que pode haver sobreposição de competencias ou decisões, como citamos nos exemplos de repartição de competencias ambientais. A experiencia demonstra que o policentrismo decisório no intuito de compartilhar a responsabilidade também implica em sobreposição de competencias e decisões, deixando o destinatário da decisão sem condições seguras de saber qual decisão deve seguir. Isso parece não servir à estabilização das expectativas normativas. A busca pela eficiência das decisões também não podem considerar apenas as consecuencias econômicas das decisões, pois, a experiencia demonstra que existem valores sociais relevantes que não se ajustam a uma justificação apenas economica. Ela deve ser um componente valorativo da decisão, mas não o único. Essa ambivalencia não é simples de ser resolvida e somente pode ser intuida diante de processos decisórios condicionados quando houver a possibilidade do agente responsável pela decisão comunicar os

valores em jogo, ponderar as alternativas que são apresentadas pela colaboração de outras instancias da administração e também dos sujeitos destinatários. Certamente essa solução vai além de uma mera procedimentalização, mas parece ser uma possibilidade de caminho.

15. As alternativas de reflexão para a além da teoria dos sistemas de Luhmann exsurge a partir de um diálogo com as contribuições da fenomenologia em suas diversas apresentações. Da ideia central da fenomenologia de Husserl admitimos que o conhecimento não se dá apenas pela experiência estabelecida a partir da observação, mas de que é possível construir uma ontologia objetiva a partir da experiência. A partir de Martin Heidegger o método fenomenológico da investigação observações sobre o ser no mundo como uma questão de “compreensão” e “interpretação”, é a partir de Heidegger que se pode falar numa fenomenologia hermenêutica de base ontológica, onde se chega a uma reflexão sobre a estrutura ontológica existente no ato de compreender e superação da tradicional separação entre sujeito e objeto. A hermenêutica ontológica contribui para a ideia de que o horizonte do sentido é a compreensão e a mudança de olhar propõe uma mudança de posição paradigmática. Para Heidegger a filosofia se transforma em ciência empírica do homem e de tudo aquilo que pode se tornar objeto experimentável de sua técnica, mas somente o reconhecimento da existência e da experiência do homem em uma sociedade marcada pela contingência e que apontam para uma angustia sobre o devir, pode marcar uma mudança a estes paradigmas. Dessa forma a mediação do homem com a experiência da vida e do mundo circundante se apresenta através dos signos. É afirmada como a condição originariamente linguística de toda a experiência humana e nesse nível uma compreensão sobre algo pressupõe uma noção fundamental de que a linguagem é sempre constituída por uma hierarquia de níveis. Com Carlos Cossio se consegue uma aplicação da fenomenologia da existência para construir uma concepção de direito como relação que se dá em interferência subjetiva, quer dizer a partir da relação com o outro. Partindo das contribuições de Husserl e Heidegger, elabora uma sofisticada teoria de onde ressalta o papel do sujeito no processo de compreensão do direito, onde o sujeito que decide assume sempre um papel de protagonista no processo decisório porque o ato de conhecer e decidir, é sempre um ato que pressupõe alguma experiência de julgamento do sujeito diante das situações da vida. A reflexão crítica

de Cossio permite superar uma parte importante da teoria do direito moderno de que a filosofia da consciência sempre escondeu, de que o conhecimento é sempre o conhecimento a partir da consciência de alguém.

16. A teoria dos sistemas pode oferecer possibilidades descritivas para a crise de legitimidade da discricionariedade na contemporaneidade, não se constitui em uma teoria transformadora. Sua contribuição original é permitir uma maior evidência de que as teorias tradicionais não conseguiram superar o problema metafísico da separação sujeito e objeto, assim como não conseguiram oferecer alternativas mais condizentes com a complexidade do mundo contemporâneo, pois, ainda justificam os poderes da administração como se existisse um estado garantidor que possa assegurar promessas, há muito descumpridas, e que somente no campo da retórica podem ter alguma utilidade. O amadurecimento autêntico da sociedade pressupõe o reconhecimento, por parte dos sujeitos, de que precisam construir sua autonomia; e o que pode ser feito pela administração é assegurar uma coordenação destas autonomias.

17. Assim, a implicação de um olhar fenomenológico sobre a discricionariedade administrativa pode ampliar a identificação dos problemas para dizer que a preocupação da teoria do direito na contemporaneidade, sobretudo o direito administrativo, não é mais buscar sua definição ou dizer o que seja a discricionariedade administrativa, mas sim identificar a forma como ela se manifesta no sistema social. A partir desta observação pela experiência é que se pode construir seu discurso de fundamentação racional, capaz de demonstrar ao administrado que a decisão tomada se constitui na melhor escolha, dentre tantas outras possíveis. Não a única, mas sim a que se aproxima do conjunto de valores hauridos da experiência decisória dos órgãos ou das entidades da administração ao considerar relevantes seus objetivos. Objetivos que não se consubstanciam em políticas de gestão momentânea, mas sim decisões que asseguram coerência com as demais já proferidas. Com isso, o que se pode esperar da administração pública é uma conduta sempre mais democrática, pois, mais importante que a definição do que vem a ser um estado democrático de direito em nossa sociedade complexa nos tempos atuais, é, efetivamente, delinear a forma como este Estado democrático se manifesta.

REFERENCIAS.

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª ed, São Paulo, Atlas, 2006.
- ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tomo I, Buenos Aires, Ed. Bosch, 1970.
- AMADO, Juan António Garcia. **La filosofia del derecho de Habermas y Luhmann**. Universidade Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- ANDERSON, Perry. **Linhagens do estado absolutista**. São Paulo, Brasiliense, 1989.
- ARNAUD, André-Jean e DULCE, Maria José Fariñas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- ARNAUD, André-Jean e LOPES JÚNIOR, Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª Ed, São Paulo, Malheiros, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 1ª Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. IN: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais do novo modelo**. 1ª ed, São Paulo, 2009, pp. 229.
- BAUMANN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. São Paulo, Zahar Editor, 2008.
- BECHMANN, Gotthard & STEHR, Nico. **Niklas Luhmann**. Tempo Social; Revista de Sociologia da USP, São Paulo, nº 13(2), novembro de 2001.
- BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 205/206.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani, São Paulo, Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo, Paz e Terra, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ªed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2005.
- BÜLLESBACH, Alfred. **Princípios da teoria dos sistemas**. In: A. Kaufmann e W. Hassemer. *Introdução à filosofia do direito e teoria do direito contemporânea*. 2ª ed, Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito**. 2ª ed. Juruá, Curitiba, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

CARRIO, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1972.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24ª Ed., Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011.

CASSANGE, Juan Carlos. **El principio de legalidade y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Madri, Marcal Pons, 2009.

COSSIO, Carlos. **La teoria egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2ª ed, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires, Arayú, 1956.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, V. 27, nº. 57, 2003.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discrecionalidade administrativa e controle jurisdicional**, São Paulo, Malheiros, 1992.

DE MORAES, Bernardo Ribeiro. **As taxas no sistema tributário brasileiro**. São Paulo, RT, 1985.

DE SOUSA, António Francisco. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra, Almedina, 1994.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **500 anos de direito administrativo brasileiro**. In: Revista de Direito Administrativo, Vol. 212.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade técnica e discrecionalidade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 09 fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp> >. Acesso em: 05 de março de 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIA, José Eduardo. (Org.) **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo, Malheiros, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo, Malheiros, 2004.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental – aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 126-127 e 150-151.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, precisão e dominação**. São Paulo, Atlas, 2007.

FILGUEIRA JUNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2007.

FIORINI, Bartolomé. **La discricionalidad en la administración pública**. Buenos Aires, 1948.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. São Paulo, Malheiros, 2007.

GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiése do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2008.

GURVITCH, Georges. **Las tendencias actuales de la filosofía alemana**. Buenos Aires, Ed. Losada, 1944, 20-25.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro, Zahar, 1982.

HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos**. Coleção Pensadores. Trad. Ernildo Stein. São Paulo, Abril Cultural, 1979.

HEIDEGGER, Martin. **O fim da filosofia e a tarefa do pensamento**. In: Conferências e escritos filosóficos, Trad. e notas: Ernildo Stein, São Paulo, Nova Cultural, 1989.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**. In: Conferências e escritos filosóficos, Trad. e notas: Ernildo Stein, São Paulo, Nova Cultural, 1989.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia**. Lisboa, Edições 70.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Trad. Márcio Suzuki, Aparecida/SP, Ed. Ideias e Letras, 2006.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas J. **Problemas do licenciamento ambiental no Sistema Nacional do Meio Ambiente**. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, Ano V, n. 27, p. 3765 a 3781, set/out. 2004.

KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. IN: Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 8, dez. 2004.

KUNH, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 4ª Ed., São Paulo, Ed. Perspectiva, 1996.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7ª Ed, São Paulo, Malheiros, 2007.

LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. **O paradoxo da decisão e a função dos tribunais brasileiros na concretização do direito à saúde: observações a partir da**

perspectiva teórico-sistêmica de Niklas Luhmann. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito: do século XX à pós-modernidade.** São Paulo, Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Trad. Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas e Rafaelle De Giorgi. **La sociedad de la sociedad.** Trad. Javier Torres Narrafate, México, 2006.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação.** Trad. Ciro Marcondes. São Paulo, Ed., Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** 1ª ed., Trad. Javier Torres Narrafate. Rio de Janeiro, Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Trad. Maria Conceição Côrte Real, Brasília, Ed. UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito.** Revista Seqüência, Revista N.º 28, Ano 15, junho de 1994.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decision. Autopoiésis, acción y entendimiento comunicativo.** Antrophos, México, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Poder.** Brasília, Editora UNB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito, Vol. I e II.** Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO NETO, Antônio Luís e MURICY, Marília. **Para uma eidética sociológica.** Publicação do programa de pós-graduação em ciências sociais da UFBA, Salvador, BA, 1977.

MACHADO NETO, Luís Antônio. **Teoria da ciência jurídica.** São Paulo, Saraiva, 1975.

MACIEL, Marcela Albuquerque. **Competência para o licenciamento ambiental: Uma análise das propostas de regulamentação do art. 23 da CF.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 83, 01/12/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8759. Acesso em 19.11.2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br> >. Acesso em: 20 de novembro de 2011.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 2ª Ed, São Paulo, RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 23ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **As taxas no sistema tributário brasileiro**. São Paulo, RT, 1985.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discrecionalidade: novas reflexões sobre os limites e controles da discrecionalidade**. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

MURICY, Marília. **Controle da administração pública: notas de hermenêutica jurídica**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, nº. 20, Jan/Dez, Salvador, 1994.

NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Os limites da discrecionalidade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril/maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 de novembro 2011.

Paulo Otero. **Legalidade administrativa e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa, Almedina, 2003.

PEGORARO, Luís Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Ed. Servanda, Campinas, 2011.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discrecionalidade administrativa**. São Paulo, Campus, 2012.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas**. In: Estudos de Direito Administrativo, I, Atlântida, Ed. Coimbra, 1967.

REGNIER, João Roberto Santos. **Discrecionalidade administrativa: significação, efeitos e controle**. São Paulo, Malheiros, 1997.

RICOEUR, Paul. **Estrutura e hermenêutica**. In: O conflito de interpretações: ensaios de hermenêutica. 1ªed. São Paulo, Imago, 1989.

RICOEUR, Paul. **Heidegger e a questão do sujeito**. In: Conflito de interpretações: ensaios de hermenêutica. 1ª Ed., São Paulo, Imago, 1989.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Soares, Coimbra, Almedina, 1981.

ROCHA, Leonel Severo. **Direito, complexidade e risco**. Revista Sequência, ano 15 nº 28, Florianópolis, junho/94.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano André Doerdelein; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

ROSAVALLON, Pierre. **A crise do estado de bem estar social**. São Paulo, Paz e Terra, 2006.

SAADY, A. **discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato. Limites e técnicas de controle.** Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SICHES, Luis Recaséns. **Direcciones contemporâneas del pensamiento jurídico: la filosofía del derecho en el siglo XX.** 2ª ed. Madri, Editorial Labor, 1936.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** In: Anuário de filosofia, Dianóia, México, Fondo de Cultura Económica.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo.** Coimbra, Almedina, 1994.

TÁCITO, Caio. **Desvio de poder no controle dos atos administrativo, legislativos e jurisdicionais.** Revista Trimestral de Direito Público, nº. 04, São Paulo, Malheiros, 1993.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético.** Trad. J.E Antunes, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa. Ação de improbidade e controle principiológico.** 2ª Ed., Juruá, Curitiba, 2009.

TRUBECK, David M. e DELAZAY, Yves. A reestruturação global e o direito: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação dos espaços transnacionais. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas.** São Paulo, Malheiros, 1996.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** São Paulo, Saraiva, 2010.

Vilas Boas Filho, Orlando. **A teoria dos sistemas e o direito brasileiro.** São Paulo, Saraiva, 2009.

WARAT. Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem.** Porto Alegre, Síntese, 1981.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** 10 ed., Trad. Marina Grascon, Madri, 2011.

JURISPRUDENCIA.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADIN 2010-2/DF, REl. Min. Celso de Mello, set/99, DJ 12/04/2002, pg. 51. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 15.01.2011.

BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237. Disponível em www.stf.jus.br. Acessado em 20.12.2012.

BRASIL. Dicionário da língua portuguesa. 11ª Ed. Editora Cia Editora Nacional, São Paulo, 1972, pp. 416. Verbete: discricionariedade.

BRASIL. Supremo Tribunal Federa. Julgamento da ADI 1444, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2003, DJ 11-04-2003 PP-00025 EMENT VOL-02106-01 PP-00046). Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acessado em 20.12.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (ADI 2551 MC-QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ 20-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02229-01 PP-00025). Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 20.12.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1668 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ 16-04-2004 PP-00052 EMENT VOL-02147-01 PP-00127. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 10.03.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2551 MC-QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2003, DJ 20-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02229-01 PP-00025. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 10.11.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27851, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator (a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/09/2011, DJe- nº. 222 de 22/11/2011 EMENT VOL-02631-01 PP-00027.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNLA FEDERAL RE 216259 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/05/2000, DJ 19-05-2000 PP-00018 EMENT VOL-01991-02 PP-00341 RTJ VOL-00174-03 PP-00911).

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. (TJRJ – MS 487/97 – Reg. 070498 – Cód. 97.004.00487 – O.Esp. – Relª Juíza Áurea Pimentel Pereira – J. 09.02.1998).

BRASIL. TRIBUNAL REGIONA FEDERAL DA PEIMEIRA REGIÃO. AC 199901000400007, JUIZ FEDERAL CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ (CONV.), TRF1 - SEGUNDA TURMA SUPLEMENTAR (INATIVA), DJ DATA:03/03/2005 PAGINA:34.)

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO. AR 9204071249, MARGA INGE BARTH TESSLER, TRF4 - SEGUNDA SEÇÃO, DJ 24/12/1996 PÁGINA: 99350.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA 3ª REGIÃO (AG 200103000125509, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, TRF3 - SEXTA TURMA, 14/06/2002).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. TJRJ – AC 1701/97 – Reg. 120897 – Cód. 97.001.01701 – RJ – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – J. 27.05.1997). TJRJ – AC 1908/97 – (Reg. 191297) – Cód. 97.001.01908 – RJ – 9ª C.Cív. – Rel. Des. Ruy Monteiro de Carvalho – J. 06.08.1997). TJRJ – AC 6618/95 – Reg. 230896 – Cód. 95.001.06618 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Perlingeiro Lovisi – J. 21.05.1996).disponível em www.tjrj.jus/jurisprudencia. Acesso em 06/2012.