

**Dworkin e Administração Pública:
por uma decisão correta em épocas de discricionariedades**

**(Dworkin and Public Management:
to a right decision in times of discretions)**

Cristian Ricardo Wittmann¹

RESUMO

O presente trabalho busca verificar a compatibilidade da teoria de Ronald Dworkin e sua tese sobre a resposta correta no âmbito do Direito Administrativo brasileiro. Parte-se da problemática acerca dos limites e possibilidades de aplicação dessa teoria no âmbito da gestão pública justificando-se pela constatação inicial de que há uma incompatibilidade dos institutos administrativos tradicionais e na forma como atua a administração pública com a norma constitucional. Para tanto parte-se da discussão acerca do interesse público e o poder discricionário, analisando a teoria de Ronald Dworkin quanto a suas premissas morais e jurídicas, em especial o Direito decorrente de uma integridade e coerência, sem olvidar suas famosas metáforas que vem a serem analisadas também em conjunto no exercício da função administrativa. Com a análise dos pressupostos da tese da resposta correta chega-se a conclusão de que a mesma é aquela compatível, em sintonia com o sentido constitucional que reproduz a moralidade intrínseca à determinada comunidade de princípios. Conclui-se que há a necessidade crescente de limitar o meio de produção de sentidos dos atos administrativos com a submissão, vinculação dos mesmos a procedimentos administrativos prévios que permitem a produção democrática e compartilhada de sentidos em torno do ato administrativo final pretendido.

Palavras-chave: Ronald Dworkin; discricionariedade administrativa; integridade e coerência; procedimento administrativo.

ABSTRACT

This study aims to verify the compatibility of the theory of Ronald Dworkin and his thesis on the right answer within the Brazilian Administrative Law. Part of the problem is about the limits and possibilities of application of this theory in the context of public management justifying the initial finding that there is a mismatch of traditional administrative institutions and how public administration works based in the Federal Constitution provision. To do so it start from the discussion about public interest and discretion, analyzing the theory of Ronald Dworkin as their moral and legal assumptions in particular the law due to an integrity and consistency, without forgetting its famous metaphor that comes to be analyzed also in conjunction with the exercise of administrative perspective. With the analysis of assumptions of the theory of correct response arrives at the conclusion that it is consistent that, in line with the constitutional sense, reproduces the intrinsic morality of principles given community. It is

¹ Professor da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), Campus Santana do Livramento. Advogado. Doutorando em Direito pela Unisinos. Mestre e Bacharel em Direito pela UNISC. Coordenador do Grupo de Práticas em Direitos Humanos e Direito Internacional da UNIPAMPA. Membro do grupo de pesquisa *jusnano*/UNISINOS. Ativista de Direitos Humanos e Direito Humanitário contribuindo em conferências internacionais em todos os continentes sobre os temas de desarme humanitário.

concluded that there is a growing need to limit the means of production of meanings of administrative acts with the submission, the previous binding of the same administrative procedures for the democratic and shared meaning production around the end administrative act intended.

Keywords: Ronald Dworkin; administrative discretion, coherence and integrity; administrative procedure.

Introdução

Envolto nas discussões contemporâneas de concensualidade, limitações da atividade discricionária é que se busca, a partir deste ensaio, refletir sob os aspectos constitucionais da atividade administrativa brasileira apoiando-se nos escritos do jurista e filósofo Ronald Dworkin – grande crítico da discricionariedade judicial. Enquanto problemática a ser enfrentada optou-se pelo seguinte questionamento: quais os limites e possibilidades da existência de um dever fundamental da Administração Pública em proferir uma resposta correta frente os critérios de discricionariedade administrativa? Partindo de um conhecimentos prévios e diante das dificuldades já reconhecidas, partiu-se da hipótese de que os critérios de integridade e coerência que envolvem a teoria de Ronald Dworkin aplicam-se não somente no âmbito judicial mas também no âmbito administrativo.

Justifica-se a presente pesquisa pela relevância para o debate em torno da/na Administração Pública no Brasil, bem como pelo interesse de, ao discutir tal temática, qualificar a gestão pública brasileira frente ao necessário, e muitas vezes esquecido, filtro do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988. Ao verificar o que doutrinariamente se aborda enquanto interesse público, discricionariedade administrativa e atos administrativos é que se percebe a necessidade de atualizar, a partir da filosofia da linguagem, a forma de decidir por aquele que escolhe uma solução. Na mesma esteira pode-se verificar, a partir da forma posta atual de decidir administrativamente, uma falta de compatibilidade de diferentes decisões/omissões com o aparentemente novo Estado Democrático de Direito. Tal descompasso causa prejuízo para determinados interessados e por fim à sociedade seja pelas afrontas ao ordenamento jurídico seja pelas condenações judiciais que o Estado brasileiro tem sofrido no decorrer dos anos.

Busca-se aqui, na esteira do constitucionalismo como corrente que trata da limitação do poder do soberano, qualificar as restrições às quais o gestor público está submetido dentro da ordem constitucional soberana. Conceitos como o de interesse público e discricionariedade necessitam de um filtro constitucional, a partir da filosofia da linguagem, para terem sua definição aplicada a partir do contexto jurídico-político frente a grande possibilidade de

sujeição da decisão aos critérios subjetivos-pessoais do aplicador - não compatíveis com a ordem democrática.

Sabe-se aqui, desde logo, que a discussão em torno da discricionariedade administrativa, e conseqüentemente sua restrição, também gera um reflexo na demasiadamente criticada, embora não suficiente, discricionariedade judicial ao permitir a análise e controle dos atos administrativos como um todo. Todavia argumenta-se que, pelo fato de que decidir administrativamente/judicialmente não é o mesmo que escolher, a solução - seja administrativa ou judicial - não depende da vontade do gestor público da mesma forma que o conteúdo da sentença não depende da vontade do juiz. Neste contexto é que refletir sobre tais temas é discutir o Direito, ou seja, discutir suas possibilidades democráticas que estão relacionadas deste seu princípio com os paradigmas filosóficos que moldam o modo de ser do mundo do jurista (STRECK, 2010, P. 112).

A compreensão pela necessidade do procedimento para a validade de um ato administrativo é justamente para retirar o foco da análise deste isoladamente em privilégio daquele que, sistematicamente, é construído com o auxílio de diferentes autores. Tal procedimento, advoga-se aqui, também permite o afastamento da consciência como local de construção de sentidos para privilegiar o procedimento construído coletivamente como maneira de garantir igual respeito e consideração - meio para garantir o direito fundamental a uma resposta compatível com a Constituição Federal.

1 INTERESSE PÚBLICO, O QUE É ISTO?

Este capítulo tem como objetivo trazer a discussão do papel do Direito da Administração Pública enquanto inserida no contexto democrático inaugurado pela Carta Magna em 1988. Por não ser o propósito deste trabalho discutir exaustivamente a questão é que se propõe a análise, mesmo que objetiva, da insuficiência de alguns conceitos em produzir um Direito Administrativo compatível com a ordem constitucional. Marçal Justen Filho (2012, p. 77) repetidamente demonstra que "o percurso do direito administrativo retrata a lenta e inevitável transição do autoritarismo para a democracia" e que "os controles à atividade administrativa do Estado são cada vez mais amplos".

Trata-se dos conceitos de interesse público, discricionariedade administrativa e o tema controverso em torno da maneira como a administração pública atua no Brasil, ou seja, atos e/ou procedimentos administrativos. Hoje a compreensão jurídica, com a tradicional ressalva às poucas exceções, se resume ao senso comum teórico (WARAT, 1995) tentando

convencer que os significados estão postos a partir das práticas jurídicas institucionais com raízes na dogmática jurídica que, a partir de tais representações acabam influenciando os operadores do Direito sufocando justamente o império do Direito, a atitude interpretativa. Como bem demonstra Dworkin (2003, p. 492): "O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido."

Ao tomar como dado os conceitos iniciais, sem a necessária atividade interpretativa imposta pela linguagem, há um domínio ideológico grave que impede a ultrapassagem de um limite hermenêutico fixado anteriormente. Como bem denuncia Streck, não existe um sentido fixado previamente capaz de ser obtido por alguma luz especial, um método interpretativo inovador ou até mesmo um magnífico jurista (STRECK, 2013, p. 35).

1.1 CONSTITUCIONALISMO ADMINISTRATIVO: a superação da unilateralidade

Este título nada mais é do que uma certa homenagem ao movimento constitucionalista pela histórica luta pela limitação do poder do soberano. Ainda neste aspecto parece ser primordial conceber o Direito da Administração Pública como um ramo do mesmo, pois não resta dúvida de que se o poder delegado ao Estado deve estar rigorosamente condicionado, há a necessidade de contornos jurídicos específicos para o atuar dia-a-dia desta gestão.

Como aponta Marçal Justem Filho, "usualmente, o direito administrativo é definido como o conjunto de normas que disciplina a função administrativa do Estado e a organização e o funcionamento dos sujeitos e órgãos encarregados de seu desempenho" (JUSTEN FILHO, 2012, p. 67). Tanto é que se pode afirmar que a relação entre o Direito Público e o Direito Administrativo é secular e não restam dúvidas acerca desta relação umbilical. Facilmente ainda são encontradas denominações como a de que duas são as características centrais: "o do *interesse público* e o do *sujeito da relação jurídica com prerrogativas de autoridade*" (GASPARINI, 2011, p. 59). Necessita-se levar em conta que

[...] o direito público e o direito administrativo em particular foi estruturado, durante largo tempo, como um *instrumento de controle do poder e de exercício do poder*. Limitava e legitimava a atuação do Poder Público, permanentemente em busca de uma *equação de equilíbrio* entre *prerrogativas especiais de supremacia do Poder Público sobre a situação jurídica do particular e sujeições especiais que condicionavam de forma mais estrita a ação do Administrador*. [...] Essa equação permanece relevante e útil para caracterizar o próprio direito administrativo. (MODESTO, 2011, P. 240)

Há claramente esta histórica roupagem administrativa onde claramente estão duas características: a de ser um instrumento de controle de poder, e um instrumento de exercício do poder especial de realizar o interesse público. Esse paradigma, cunhado em divisões cartesianas históricas, não está inserido dentro da pactuação democrática, ou seja, de um direito produzido democraticamente e não unilateralmente por parte da Administração Pública. Todavia convive-se com o fato de que os preceitos democráticos, na atualidade, "[...] emerge dogmatizada, estéril, disciplinada, esquecendo seu caráter material"(STRECK & MORAIS, 2006, p. 123).

Não cabe mais discutir se o posicionamento do Estado Democrático de Direito deve como um todo pautar-se pela abstenção ou pela intervenção, e sim ao mesmo tempo tanto o lado da proteção quanto o da concretização de uma prerrogativa constitucional. Outrossim cabe aqui salientar algumas insuficiências desta compreensão do Direito Administrativo para as respostas necessárias em virtude das alterações verificadas no Estado e seu relacionamento com a sociedade. Aponta-se, preliminarmente, que é controverso limitar tal conceito aos limites do exercício da função administrativa por parte do Estado, até mesmo por conta da força expansiva deste ramo que permite concluir pelo não mais monopólio da produção da função administrativa por parte do Estado (Cf. JUSTEN FILHO, 2012, pp. 67-68).

Em que pese a aparente falta de originalidade em discutir um direito administrativo democrático, constitucionalizado no contexto da contemporaneidade, após vinte e cinco anos da promulgação da Magna Carta de 1988, ainda é necessário desvelar determinadas obviedades. A mais importante, relacionada ao constitucionalismo contemporâneo, é justamente ultrapassar as características de regimes autoritários que ainda permeiam o agir administrativo e que impedem, a partir de barreiras interpretativas, a discussão e o questionamento dessa atuação. Há a necessidade de compreender o que a qualificação de democrático tem a contribuir na gestão pública que historicamente pauta sua atuação por meio de *atos administrativos* enquanto "prescrições unilaterais" (GASPARINI, 2011, p. 112).

É justamente neste contexto que cresce em importância a atualizada compreensão deste nobre campo de atuação jurídico. As riquezas que envolvem a gestão pública não têm como florescer em um ambiente autoritário, necessitando assim um ambiente institucional diferenciado para a sua existência e conseqüentemente seu cumprimento em benefício da coletividade.

É importante destacar, no entanto, que o Direito Administrativo não desabrocha com todas as suas potencialidades em regimes autoritários, porque nestes não se permite discutir ou questionar atos estatais. Assim, quanto mais democrático for o ambiente institucional de um país, mais seus cidadãos-administrados poderão exigir o exato cumprimento do Direito Administrativo; por outro lado, também se pode dizer que,

quanto mais combativos forem os administrados de determinado país, mais eles forçarão suas instituições públicas para o aprimoramento tendo em vista os interesses da coletividade. (NOHARA, 2012, pp. 2-3)

Pode-se, nesse contexto, traçar como marco diferencial da atividade administrativa, frente as atividades jurisdicional e legislativa não na qualidade ou na natureza das atividades, mas no modo de seu desenvolvimento já que, dentre as funções típicas e atípicas dogmaticamente desenvolvidas pelos constitucionalistas, cada esfera do Estado possui competências que se assemelham. Busca-se salientar que a produção democrática, plural entre os mais diferentes atores, não seja somente um simulacro. Nesse ponto os procedimentos democráticos são importantes, mas necessitam atentar para que materialmente sejam revestidos de um espírito democrático.

Não é somente o juiz que aplica a lei pela evidência do contexto criado pela legalidade. A composição de litígios não é monopólio do judiciário, já que não se pode vedar os olhos para as decisões frutos de procedimentos administrativos. Ainda não é monopólio da atividade legislativa a produção de normas gerais e abstratas, como é o caso dos regulamentos. Dessa maneira há uma compatibilidade com o que foi afirmado, ou seja, de que há uma diferenciação pelo modo do desenvolvimento da atividade administrativa. O gestor público não integra a estrutura do Poder Judiciário, aquele com garantias de independência e sem vínculo com os interesses em conflito, muito menos esse administrador integra o conjunto de indivíduos que, na sua maioria, exercem por meio de um mandato popular no âmbito do Poder Legislativo. A organização administrativa atua de modo permanente e contínuo a partir de critérios de mérito administrativo, devendo atentar à produção de ações concretas para a implementação dos direitos fundamentais e da democracia (Cf. JUSTEN FILHO, 2012, pp. 69-70). É justamente nesse contexto que se põe a impossibilidade de cindir o dever de realizar os objetivos do Estado Democrático de Direito entre os Poderes instituídos. Muito menos se coaduna com o contexto atual a cisão entre atores privilegiados que possam justificar qualificadamente e dessa maneira aplicar as garantias fundamentais democraticamente instituídas.

Moreira Neto critica a qualificação jurídica posta à ação administrativa, historicamente fundada em três fundamentos, a existência, validade e eficácia. Aborda o autor, objetivamente, a adequação de novos quatro paradigmas: a legitimidade, finalidade, eficiência e resultado. Nesse contexto aborda o autor que

em suma, está no *resultado* quicá o paradigma contemporâneo mais significativo, pois, na prática, é através dele que se pode lograr uma efetiva atuação do amplo sistema de controle proposto constitucionalmente à disposição da cidadania: o controle

administrativo, o controle de contas, o controle político, o controle social, o controle pela imprensa, e na cúpula, o controle jurisdicional. (MOREIRA NETO, 2008, pp. 30-31)

Considerando que em um ambiente democrático não há o que se falar de poderes absolutos em detrimento do pluralismo é que também se justifica a ideia de controle. Nesse contexto não pode a Administração Pública estar imune ao controle dos seus atos frente ao dever de os mesmos em realizar, assim como os atos judiciais, os preceitos democraticamente estipulados na Constituição Federal. Em contraponto com os interesses gerais postos e tipicamente oriundos da era moderna, e especialmente "com o advento de sociedades juspoliticamente abertas, interna e externamente, em consequência, expandem-se amplamente as auspiciosas possibilidades de *zeladoria*, de *controle*, de *promoção* e de *defesa* para a provedoria desses novos interesses" (MOREIRA NETO, 2011, p. 52). É justamente neste contexto que entende-se que o atuar administrativo assemelha-se aos objetivos pautados por Ronald Dworkin onde as instituições políticas (e a administração pública é uma delas) devem pautar suas estruturas, composições e práticas no intuito de, substancialmente, tratar todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito.

1.2. DISCRICIONARIEDADES

Um tema nem tanto polêmico no âmbito administrativo é a discricionariedade. Sedimentada enquanto uma das espécies de *poderes administrativos* é um dos dogmas imutáveis da administração pública que não necessariamente continua compatível com a ordem democrática posta pelo constituinte de 1988.

Comumente a mesma é relacionada com o conceito de mérito administrativo, sendo inclusive seu núcleo central. Outra característica é a de liberdade, seja para seu conteúdo seja para a realização do mesmo. Assim sendo o

poder discricionário tem como núcleo a autorização legal para que o agente público decida, nos limites da lei, acerca da conveniência e oportunidade da prática do ato discricionário e, quando for o caso, escolha seu conteúdo, ou seja, o núcleo essencial do poder discricionário traduz-se no denominado **mérito administrativo**. (ALEXANDRINO & PAULO, 2008, p. 223)

Considera-se, em certa medida, um conceito tipicamente administrativo e por tal motivo não recebe muitas críticas no momento em que representa o mérito administrativo, a escolha política de que poderia melhor servir para a realização do interesse público - "aquilo-sem-sentido" como abordado antes. Outra característica que em certa maneira legitima o poder discricionário no *senso comum teórico dos juristas* é a sua vinculação com a legalidade, pois bem como aponta o autor acima a liberdade decorre de uma "autorização legal" - ou seja,

por força do direito democraticamente construído. Mas as construções e aventuras vão mais longe. Corroborando tais conceitos é que Marinela entende que a discricionariedade acontece quando "a norma confere, em seu próprio mandamento, uma liberdade decisória que envolve o exame de conveniência e oportunidade, ao invés de estipular um dever de praticar um ato específico" (MARINELA, 2010, p. 235).

Hoje, com o avanço da racionalidade moderna solipsista o limite do que classicamente seria a discricionariedade avança para os conceitos jurídicos indeterminados.

É oportuno registrar que, no Brasil, a doutrina, majoritariamente, afirma que a discricionariedade existe não só quando a lei expressamente confere à Administração o poder de decidir acerca da oportunidade e conveniência de praticar um determinado ato. Segundo grandes autores pátrios, também existe discricionariedade, ou possibilidade de atuação discricionária, quando a lei utiliza os denominados **conceitos jurídicos indeterminados** na descrição do motivo que enseja a prática do ato. (ALEXANDRINO & PAULO, 2008, p. 223, grifos no original)

Outros doutrinadores concordam com tal postura. Veja-se que, segundo outros, "também há discricionariedade quando a lei é omissa, porque não foi possível prever todas as situações supervenientes ou, ainda, quando a lei prevê a competência, mas não estabelece a conduta a ser desenvolvida" também se estendendo quando "a situação é descrita na norma por palavras que recobrem conceitos vagos [...] e por isso mesmo, essas são irreduzíveis à objetividade [...]". Mesmo já estando claro em certa medida a discricionariedade como *cheque em branco* fornecido ao gestor público a mesma gestora associa um outro conceito controverso à discricionariedade quando afirma que o ato administrativo "dependerá [...] do juízo de valor do administrador quando a lei não estabelecer uma finalidade específica, definindo o objetivo de forma genérica, por exemplo, 'o interesse público'[...] exigindo-se uma valoração subjetiva" (MARINELA, 2010, p. 235). Conforme abordado anteriormente não se trata de realizar uma crítica pela crítica ao *status quo* hermenêutico na seara administrativa do Direito, mas sim buscar meios de qualificar de decisão do gestor público e torna-la compatível com o regime democrático constitucional inaugurado em 1988.

Eis são abertas as portas da esperança moderna da liberdade do gestor público. Segundo tais autores "nesses casos, caberá à Administração determinar a atuação mais adequada ao interesse público, não sendo possível estabelecer uma conduta legítima única". Complementam, condicionando o princípio da separação dos poderes à realização dos conceitos jurídicos indeterminados, ao dizer que o Poder Judiciário não poderá

substituir a Administração quanto a esse juízo valorativo, ou seja, se a Administração, ao precisar aplicar uma norma que utilize conceitos jurídicos indeterminados, verificar, no caso concreto, que está dentro da zona de incerteza desse conceito, existindo mais de uma atuação juridicamente válida

passível de ser adotada, não cabe ao Judiciário decidir qual dessas atuações deveria ter sido escolhida naquele caso. (ALEXANDRINO & PAULO, 2008, p. 223)

Esses diferentes tratamentos, iguados enquanto concepções modernas assujeitadoras, podem ser reduzidas as seguintes explicações enumeradas pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2008): *a) intenção deliberada do legislador; b) impossibilidade de regradar todas as situações; c) inviabilidade jurídica da supressão da discricionariedade e, por fim, d) impossibilidade lógica da supressão da discricionariedade*. Estudando especificamente a matéria do controle judicial da discricionariedade Mello (2000, p. 19 e seguintes) leciona que a liberdade dada ao administrador ainda reside na hipótese da norma (seu motivo), no comando da norma e até mesmo na sua finalidade.

Felizmente há um caminho a trilhar de maneira a superar a maneira arbitrária e descontextualizada democraticamente com a qual a doutrina e os tribunais compreendem, e automaticamente decidem, quando da discricionariedade. Trata-se do trabalho desenvolvido por Lenio Streck que ao realizar uma crítica à discricionariedade judicial também demonstra novos contornos para a discricionariedade administrativa já que não resta dúvidas de que refletir acerca deste tema (seja em qual seara for - administrativa ou jurisdicional) significa discutir também o avançar ou permanecer nos pressupostos da filosofia da consciência e seu esquema sujeito-objeto.. O autor entende que esta categoria "sempre fez parte da zona de autonomia do administrador", tratando-se de um problema que "permanece não enfrentado pela doutrina administrativista brasileira: a insindicabilidade do mérito administrativo".

No contexto atual, praticamente todos os países europeus estão revendo o conceito de discricionariedade administrativa, pois já se admite controle jurisdicional, mesmo nos casos de discricionariedade do administrador. Entre nós essa discussão ganha peso, na medida em que possuímos uma Constituição compromissória que também impõe obrigações ao administrador. **Se no ato administrativo discricionário é certo que o administrador está livre de uma aderência absoluta à lei, nem por isso seu poder de escolha pode desconsiderar o conteúdo principiológico da Constituição.** Portanto, o ato administrativo escapa de um controle de legalidade, porém permanece indispensável que ele seja controlado em sua constitucionalidade. De qualquer forma, no poder discricionário da administração sempre está em jogo uma deferência do legislador em favor do administrador. Vale dizer, o ato discricionário é autorizado legislativamente. (STRECK, 2011, p. 41)

Para Dworkin, um jurista também contextualizado na contemporaneidade, vislumbra três sentidos para o termo discricionariedade. Um sentido limitado, um forte e outro fraco. O sentido limitado está associado a discricionariedade administrativa pois trata do poder de escolha de determinada autoridade frente a duas ou mais alternativas. O sentido é quando há ausência de revisão da decisão aplicada por parte de uma autoridade superiormente investida. Já a discricionariedade em sentido forte diz respeito à impossibilidade de controle da decisão frente ao contexto anterior, o que em outros termos significa que o contexto anterior não

impõe qualquer dever legal sobre aquele que decide para que compreenda/decida de determinada maneira (DWORKIN, 2010, pp. 23 e seguintes).

Neste ponto pode-se inferir que, resguardadas as devidas proporções quando da comparação com a discricionariedade judicial tão combatida, trata-se de um conceito interessante o proporcionado por Marçal Justen Filho. O autor entende que "*discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico*" (JUSTEN FILHO, 2012, p. 203). Com tal conceito supera-se o padrão majoritário identificado na doutrina onde tanto discricionariedade quanto interesse público não tem nada relacionado com o caso concreto pois seus sentidos já estão definidos anteriormente, sem possibilidade de que qualquer atitude interpretativa venha a qualificá-lo democraticamente.

Percebe-se aqui uma convergência da crítica de Streck e Dworkin à discricionariedade e o *status quo* dogmático acerca do tema. De um lado o *senso comum teórico dos juristas* identifica desde o interesse público à discricionariedade como sendo conceitos "aquilo-sem-sentido" que somente terão seu sentido quando da aplicação pelo gestor público, aplicação esta baseada nos critérios de conveniência e oportunidade de somente àquele que decide sem, necessariamente qualquer relação com o contexto jurídico e democrático previamente estabelecido. De outra banda estão os autores que defendem justamente a qualificação do pacto democrático pelo necessário controle e adequação dos pressupostos e conseqüentemente da decisão em si, estando ela necessariamente vinculada ao contexto constitucional disponível. Retoma-se, dessa maneira, o que foi dito anteriormente sobre a força e o próprio império do Direito: *sua natureza interpretativa moral* (DWORKIN, 2003, p. 492).

2. CONCEPÇÕES DWORKINIANAS

Ronald Dworkin é comumente lembrado pelas teorias que envolvem reflexões acerca do positivismo jurídico, direito natural, a existência ou não de respostas corretas. Embora esse contexto pode-se afirmar que existem duas áreas de grande interesse do filósofo e que contemplam suas grandes inquietudes: as ideias de interpretação e a ideia de integridade do Direito. Não resta dúvida, até mesmo pela clareza dos argumentos postos pelo autor, que o Direito tem uma natureza moral do início ao fim (Cf. GUEST, 2010). Embora tenha permanecido até recentemente uma dúvida acerca dos seus filósofos inspiradores, Dworkin

deixa claro seu reconhecimento a Immanuel Kant (DWORKIN, 2011, p. 19) em sua última obra e, em especial, seu apreço e influência recebida de John Rawls - já manifestado em momento anterior (DWORKING, 2010, p. 341 e seguintes), sem filiar-se declaradamente à corrente jusnaturalista embora seja um crítico à tradição positivista quanto aos malefícios da discricionariedade.

Dworkin, assim, contrapõe-se primeiramente à tradição positivista, segundo a qual, em face de *casos difíceis* só haveria como tomar decisões diversas, cabendo ao juiz escolher discricionariamente aquela a ser tomada. Mas Dworkin também contrapõe-se à tradição realista que advoga uma teoria do direito *sem direitos*, segundo a qual as decisões em nada se ligariam ao passado de uma comunidade jurídica, mas tão-somente a um futuro a ser projetado politicamente a cada nova decisão passível apenas de legitimação *a posteriori*. (OLIVEIRA, p. 92)

Analisando sua obra pode-se vislumbrar uma maneira peculiar de organização dos argumentos. Os fundamentos dessa circularidade residem na sua compreensão moral associada aos princípios da liberdade e igualdade que, conseqüentemente permite justificar os mesmos enquanto ideias para um regime jurídico democrático. O autor parte da afirmação moral ideal de que a democracia é uma forma justa de governar e que o direito é parte da democracia. É nesse escopo que Dworkin fundamenta a premissa de que o Estado Democrático somente estará justificado a partir da moral e da política quando, pela sua plataforma jurídica, passar a garantir a mesma consideração e respeito aos seus cidadãos. Neste ponto a moralidade fundamenta o tratamento igual aos pertencentes àquele Estado, e somente haverá a integridade dos instrumentos jurídicos com a teoria moral quando o respeito e igualdade estarem sendo vistos como elementos de coerência desse Estado. Em outras palavras há a necessidade de que o direito seja criado/interpretado/compreendido/aplicado de maneira a resultar em um todo integral. (Cf. MOTTA, 2012)

Resulta em evidência a necessidade de uma compreensão do Direito Administrativo como um ramo essencialmente público e que está umbilicalmente relacionado com os ideias de moralidade, liberdade e igualdade. Um direito da administração pública relacionado com a perspectiva constitucional democrática não pode mais ser visto somente como um ramo eminentemente negativo ou especialmente positivo no que tange a sua atuação na sociedade. Seu objetivo, conforme demonstrado, tem de estar próximo a realização dos direitos fundamentais (constitucionais) e dessa maneira buscar a cada instante o fortalecimento da coerência e integridade do direito aplicado pelo Estado com igual consideração e respeito aos cidadãos.

Torna-se necessário, portanto, discutir a administração pública em uma sociedade democrático-cooperativa, ou seja, aquela situada no contexto de uma comunidade de princípios. Não se trata reduzir esta comunidade, e conseqüentemente seu Direito, a algum

conjunto de regras estabelecidas por convenção a serem futuramente reproduzidas pelo agente que decide - seja ele administrativo ou jurisdicional. Embora aumenta a compreensão sobre o Direito aplicável também não permite qualquer decisão pessoal no âmbito do Estado Democrático:

reconstrução acerca do que é o Direito de uma sociedade democrático-cooperativa (*partnership democracy*) compreendida como *comunidade de princípios*: Dworkin, contra o positivismo, afirma que o Direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado a serem, quando muito, meramente reproduzidas no presente pelo juiz, e, contra o realismo, que o Direito não se dissolve em diretrizes políticas ou em meras convicções políticas pessoais do juiz a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima. (OLIVEIRA, p. 92)

Pragmaticamente observando, Dworkin defende que, frente ao convencionalismo, “qualquer pessoa com poder político deve usar esse poder para tentar tornar as coisas melhores de qualquer maneira possível, dada sua posição institucional e seu grau de poder”. Aplicando tais preceitos na missão dos juízes e dos gestores públicos, os mesmos buscariam o aperfeiçoamento da comunidade política ao decidir questões que envolvem a própria comunidade política (DWORKIN, p. 35). Com o fracasso em si de ambas correntes extremistas - convencionalistas e pragmáticos - há a emergência da ideia de uma comunidade de princípios, em contraponto com a ideia de comunidade geográfica.

A comunidade de princípio surge para legitimar politicamente determinado contexto. Todavia “não há nenhum consentimento real. É simplesmente errado supor que as pessoas têm uma escolha. Nós nascemos em comunidades e não as escolhemos. [...] Consentimento ‘tácito’ não é consentimento”. Por isso a valorização da ideia de comunidade de princípio em detrimento da tradicionalmente apontada comunidade geográfica. Na referida comunidade de princípio cada cidadão busca respeitar os princípios de imparcialidade e justiça, relacionados umbilicalmente nos arranjos políticos dessa comunidade. A comunidade de princípio, portanto, fornece uma defesa melhor da legitimidade política, assim como uma defesa de nossa cultura política já que baseia-se na situação de que as pessoas consentiram e participam qualificando a cada instante a maneira como elas são governadas (Cf. GUEST, 2010, pp. 85-88).

É preciso ter claro, contudo, que a decisão discricionária seja judicial ou administrativa não passa de uma espécie de sofisticação de forma a permitir decisões descontextualizadas, sem qualquer alinhamento com o filtro constitucional da resposta correta proposta por Dworkin. Conforme dito anteriormente, o filósofo percebe três paradigmas relacionados à discricionariedade (DWORKIN, 2010, pp. 23 e seguintes). Um limitado, um fraco e um forte que lhe traz preocupações específicas quanto à impossibilidade de controle

de uma decisão por falta de pressupostos anteriores que limitem o decidir de tal agente. Embora o autor limite suas reflexões no âmbito da discricionariedade judicial, percebe-se conforme dito que os mesmos pressupostos de tentam justificar a liberdade do magistrado em proferir decisões *conforme sua consciência*, também buscam autorizar o agente público a decidir de maneira aleatória - e com bases subjetivas pessoais - amparado na história construção dos critérios de *conveniência e oportunidade* na realização do *interesse público*, conceitos esses postos iminentes e que nada contribuem para a construção democrática e a qualificação dessa comunidade de princípios.

Obviamente há de se fazer a diferenciação entre atos vinculados (decorrentes de um dever legal) e discricionários (liberdade autorizada pelo legislador) no âmbito da administração pública. Todavia, conforme demonstrado, a discricionariedade administrativa tem sido o meio autorizativo para decisões quando dos *casos difíceis* quando existe *grande incerteza quanto ao conteúdo da norma* e dessa maneira a discricionariedade *também permitiria ao gestor público a realização do interesse público por meio de uma decisão específica, subjetiva, fundamentada no seu juízo de o que seria mais conveniente e oportuno*. Neste ponto reside um problema, conforme apontado por Streck, de eventual incompatibilidade de tal decisão com o filtro constitucional (STRECK, 2011, p. 39).

O alargamento da compreensão da discricionariedade para os casos de conceitos jurídicos indeterminados gera preocupações relevantes, já que a grande celeuma da discricionariedade de caso forte é justamente na impossibilidade de controle da decisão com base em um contexto que não permite o rastreo e a análise da fundamentação da referida atitude. Pode-se dessa maneira fazer uma analogia entre as críticas realizadas ao decisionismo sem fronteiras praticado pelo judiciário quando resume a prerrogativa de definir o Direito quando da análise dos *hard cases* - casos difíceis, a mesma situação elencada por parte da doutrina, majoritária, administrativista quando alarga as possibilidades da então arbitrária e pretensa discricionariedade.

Os casos difíceis trazem uma herança da construção de Herbert Hart (2009) que entende que a linguagem jurídica não teria a capacidade de prever todas as possibilidades de seu uso, gerando a compreensão sobre uma *textura aberta* da linguagem ordinária jurídica. Seriam tais casos controversos, dentro da tradição jurídica anglo-americana, situações onde a decisão não encontraria uma específica regra para sustentar-se quando da apreciação judicial (DWORKIN, 2005, p. 217 e seguintes), enquanto os casos fáceis encontram abrigo em regras passíveis de simples subsunção - embora ao mesmo tempo proferir a cerimônia fúnebre do

império interpretativo do Direito. Na verdade os direitos - na sua compreensão mais sedimentada - precedem ao Estado e por isso podem ser opostos a ele, e, nesse contexto, o juiz (ou o agente público administrativo) deve levar em conta essas imposições da moralidade fundada em tais direitos preexistentes ao decidir, especialmente nos casos controversos – difíceis (Cf. MOTTA, 2012, p. 82 e 268).

É muito claro o autor norte-americano elencando o perigo da diferenciação entre casos fáceis e difíceis em um Estado Democrático, especialmente quando tais diferenciações são na realidade elementos autorizativos de decisões subjetivas e, portanto, descontextualizadas da ordem constitucional. Dworkin é claro ao dizer que “os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, num primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo”. Isso porque há uma indivisível situação hermenêutica entre compreender/decidir, e, dessa forma, as “as restrições institucionais que eles [os juízes] intuem estão disseminadas, e perduram até a própria decisão” (DWORKIN, 2010, p. 216).

Brilhantemente o autor analisa a decisão judicial nos casos difíceis como sendo incompatível com a ordem jurídico-democrática instituída. Em não existindo uma diferença entre casos fáceis e difíceis, há simplesmente uma criação retórica que permite a arbitrariedade, por meio de uma justificação metafísica, daquele que decide - seja um agente administrativo seja um magistrado.

Muitas vezes o argumento jurídico irá se desenvolver como resultado de uma tensão entre duas dimensões de argumento, uma que argumenta em direção a um “ajuste” (*fit*) em relação ao que é aceito como direito “estabelecido”, e a outra que argumenta em direção a questões substantivas de moralidade política (*value*). Pode-se diferenciar então dois conceitos, um relacionado com a ideia de “substância” e outra de “ajuste” (Cf. GUEST, 2010, p. 52).

Essa diferenciação parece estar associada ao debate substancialismo *versus* procedimentalismo. Tal distinção vai aparecer em diferentes momentos, tendo os que advogam que “o processo não deve ser tomado como distinto da substância, se quisermos tratar os integrantes de uma mesma comunidade com igual respeito”, sendo que nessa forma é “que o tribunal não pode fazer julgamentos sobre a “justiça” de um processo sem que isso implique na feitura de “julgamentos políticos substantivos” (decisões sobre “direitos substantivos individuais”, dirá Dworkin), tais como os rejeitados pela doutrina procedimentalista em geral” (MOTTA, 2012, p. 65/268).

2.2 Integridade e coerência na Administração Pública

Embora seja o tópico das próximas observações, cabe salientar desde já que o objetivo da única resposta correta proposta pelo filósofo norte-americano não é de afirmar que qualquer juiz chegaria a uma mesma resposta. Neste ponto é importante retomar a circularidade entre os argumentos postos pelo autor, onde moralidade, liberdade e igualdade fundamentam o Direito e um ambiente democrático que não permite mais uma compreensão/aplicação metafísica por parte daquele que decide, mas sim depende de um arcabouço moral e jurídico fortalecido. Trata-se de uma questão de

[...] postura ou atitude, interpretativas e auto-reflexivas, críticas, construtivas e fraternas, em face do Direito como integridade, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é metafísica, mas moral e jurídica. (OLIVEIRA, p. 92)

Como dito, a teoria dworkiniana fundamenta ao império do Direito na sua natureza construtiva-interpretativa. Esse espírito interpretativo busca colocar o princípio como fundamento da prática, sendo esta última um caminho para um futuro melhor, buscando a manutenção da relação com o passado. Pode-se afirmar então que o Direito não se esgota em nenhum catálogo de regras ou princípios e muito menos por qualquer lista de autoridades ou competências e poderes sobre parte das vidas dos administrados. Ou seja, o Direito não é definido exclusivamente por processo, poder, território mas sim pela atitude. Ademais há de lembrar da atitude fraterna quando no contexto da comunidade de princípios, conforme salienta o próprio autor:

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 2003, p. 492)

Integridade relaciona-se pontualmente com a ideia de agir por princípio pois aquele que age com tais pressupostos normalmente é denominado íntegro e coerente em contraponto àquele que carece de tais pressupostos é normalmente lembrado pela falta de integridade e consequentemente carece de confiança pelos demais atores em seu favor. Cabe salientar que integridade não é sinônimo de lealdade cega, já que "você pode confiar que qualquer que aja por princípio seja consistente em seus julgamentos, mas apenas na medida em que um princípio assim o exija" (GUEST, 2010, p. 81).

Uma importante diferenciação reside no distanciamento entre princípios e políticas. Enquanto os primeiros descrevem direitos que objetivam um contexto político de coisas individualizado, as políticas indicam metas a estabelecer um contexto político não individualizado. Por tais motivos é possível afirmar, com base em Motta, que discricionariedade judicial e princípios estão, para Dworkin, em rota de colisão (Cf. MOTTA, 2012).

Sendo a Administração Pública aquela responsável, juntamente com as outras instituições do Estado, pela realização dos direitos fundamentais, há uma relação umbilical com diferenças tênues entre a definição de políticas e a aplicação de princípios. Neste ponto reside a problemática do *mérito administrativo* no lado da definição de políticas e a decisão administrativa pretensamente discricionária. Sendo a discricionariedade, e inclusive a decisão parcialmente livre revestida de *mérito administrativo*, algo determinado pela própria autorização legislativa a mesma ainda está revestida da obrigatoriedade de sua compatibilidade com o texto constitucional e portanto, sujeita ao controle de constitucionalidade - não somente de legalidade.

Numa palavra: a resposta correta (*adequada à Constituição e não à consciência do intérprete*) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. (STRECK, 2010, p. 109)

Quando o Direito como Integridade é aceito, também há consenso de que os elementos políticos que devem influenciar a interpretação não serão aqueles do intérprete, e sim os da comunidade. Nesse ponto não cabe aqui a diferenciação e a oposição entre regras e princípios, mas sim a compreensão de que o arcabouço jurídico é composto de ambas e enquanto sistema o mesmo deve manter e ser entendido/observado como unidade coerente, com integridade. Para manter esta característica há o dever daquele que decide identificar nos princípios da ordem jurídica democrática o sentido das regras que aplica, sejam elas vinculadas ou discricionárias, não podendo distanciar-se das preocupações e tradições morais da comunidade de princípio que efetivamente sustenta tais regras.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. **O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'relativismo'**. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.

Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: **o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.**(DWORKIN, 2003, p. 274)

Para uma melhor compreensão da obrigatoriedade do seguimento da integridade e coerência na aplicação/compreensão do Direito Dworkin cria a figura do juiz Hércules. Nele estão reunidas as qualidades excepcionais de que deve ser dotado um juiz - e aqui estendido ao gestor público - para reconstruir, com coerência, o direito vigente, em cada caso, para que seja tomada melhor decisão possível amparada na leitura moral e consequentemente constitucional. O juiz Hércules seria então "dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, de modo a considerar adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação"(OLIVEIRA, pp. 94-95). Streck vai além compreendendo que a figura do *juiz Hércules* representa a superação da filosofia da consciência, ou seja, do sujeito solipsista moderno mas sem eliminar o sujeito da relação com o objeto:

o juiz "Hércules" é apenas uma metáfora para demonstrar que a *superação* do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) *não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto.* (STRECK, 2010, p. 107)

O método desenvolvido na metáfora não se relaciona com a hipótese de um mesmo significado histórico durante toda a existência do Direito. Assim o processo de compreensão do direito deve ser feito "não só do texto da lei, mas também da sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento" (DWORKIN, 2003, p. 416) e, dessa maneira, quer utilizar o melhor possível o desenvolvimento contínuo da comunidade de princípios. Neste contexto é que Dworkin propõe que a coerência e a integridade relaciona-se especialmente com as decisões anteriores proferidas pelos julgadores.

Assim as decisões anteriores exercem determinada *força gravitacional* revestida de imparcialidade que deveriam ser consideradas por Hércules na nova decisão - limitando assim obrigatoriamente seu juízo subjetivo e consequentemente discricionário. Não significa a repetição cega (lealdade cega) do passado e às decisões anteriores, mas sim considerá-las no seu agir - aqui advoga-se para que este agir também se reflita nos pressupostos decisórios do

gestor público que, embora detenha determinadas prerrogativas de *mérito administrativo*, o decidir não parte de qualquer grau autônomo de sentido².

Na reconstrução do direito em cada caso com base na coerência e integridade, aquele que decide - seja o juiz ou o administrador como aqui defendido - deve proferir a decisão nos casos novos de maneira coerente com todas as decisões anteriormente proferidas. Neste ponto há uma relação interessante, apontada pelo filósofo norte-americano, entre o Direito e a literatura para demonstrar a conexão dos procedimentos decisórios aos capítulos de um romance. Para melhor exemplificar, Dworkin propõe a metáfora da criação conjunta de um romance em cadeia.

A metáfora é útil por permite verificar, em comparação com a literatura e arte, a exigência de que cada romancista, ao trabalhar em seu capítulo, integre-se harmonicamente ao complexo posto – superando a tábula rasa/grau zero. A coerência é a chave da compreensão do direito como integridade por harmonizar passado, presente e futuro. O que busca provar com tal metáfora é a semelhança entre o procedimento de decidir os casos controversos e um exercício literário onde diferentes pessoas devem ser coautores de um mesmo romance escrito em sequência. Nas palavras do maestro:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então. (DWORKIN, 2005, p. 238)

² Streck é muito claro em dizer que os graus zeros de significados estão relacionados com a discricionariedade, e portanto deve ser combatido: "a discricionariedade que combato é a do *sub-jectum*, que *dis-põe* dos sentidos do direito, como se fosse "proprietário dos sentidos" e dos "meios-de-produção-dos-sentidos", circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto é transformado em alibi para voluntarismos, a partir de um 'grau zero de significado'" (STRECK, 2010, p. 67).

De maneira análoga a história, e assim os precedentes judiciais (e administrativos) são a cada instante reconstruídos pelo agente que profere a decisão para que reproduza a tradição a qual se filia, mantendo assim a coerência e a integridade do sistema. Como dito, não se trata do julgador repetir a tradição indefinidamente e dessa maneira está autorizado a inovar dentro das categorias morais daquela comunidade de princípios, em especial nos preceitos constitucionais a esta decisão vinculados. Distancia-se assim com a ideia cética e relativista proposta pelo positivismo jurídico trazendo não somente limitações para a aparente liberdade (aqui defendida como arbitrariedade) mas também indicando que, frente ao dever de coerência e integridade, há o indicativo de uma resposta correta - e não a possibilidade de inúmeras decisões diferentes a serem escolhidas por critérios pessoais/subjetivos do julgador.

Considerando o exposto pode-se dizer que, pela integridade do Direito, não existe tal diferenciação entre *hard* ou *easy cases* que permita o uso dessa retórica para, pela aparente incompletude do Direito, permitir decisões descontextualizadas do ambiente constitucional estabelecido democraticamente. Parte-se, agora, para a análise da resposta correta no ambiente administrativo, tido como controverso pois historicamente a discricionariedade está relacionada ao agir da administração pública pela sua função típica de centralizar o mérito administrativo, e dessa maneira manter o monopólio de sua realização.

3. DO ATO AO PROCEDIMENTO: o romance administrativo em cadeia

O presente capítulo tende a demonstrar de maneira não exaustiva, associado ao paradigma da filosofia da linguagem, formas de superar a filosofia da consciência no âmbito da administração pública. Para tanto utilizar-se-á como fundamento as teorias da decisão propostas por Streck e Dworkin como formas de limitar a discricionariedade administrativa por meio da compreensão do direito do cidadão de ter uma resposta correta (adequada constitucionalmente) do gestor público e do dever desse mesmo agente público em considerar todos com igual respeito e consideração.

Por tais motivos é que cresce a compreensão da limitação, baseada no constitucionalismo contemporâneo, da atuação administrativa. Ou seja, "o poder jurídico recebido pelo titular da função não pode ser utilizado livremente, como exteriorização da vontade desse titular ou para atingir seus desígnios privados" (JUSTEN FILHO, 2012, p. 112). Assim se buscará demonstrar a necessidade do deslocamento do foco da atuação administrativa, não mais fundamentada no monopólio da função administrativa por meio de seus atos. Advoga-se assim pela relevância do procedimento administrativo, instrumento este

que proporcionaria desde o controle posterior do exercício da função administrativa com coerência e integridade ao limite da discricionariedade pela necessidade de fundamentação da decisão em uma série de atos em cadeia impedindo ao final um grau de sentido desconectado.

Outra situação que passa a estar protegida é a definição, dinâmica, do interesse público enquanto categoria indisponível. Considerando o exercício do mesmo enquanto não disponível aos anseios pessoais do agente, não há liberdade ao gestor em cumprir ou não e dessa maneira deve limitar suas possibilidades de decisão em um procedimento com a participação de diferentes atores, inclusive instituições civis não vinculadas por força de sua origem nem à instância direta quanto a indireta da administração pública.

Por tais motivos é que se entende aqui a perfeita compatibilidade da exigência da procedimentalização da gestão administrativa com o constitucionalismo contemporâneo. O encadeamento de atos fica muito próximo da construção jurídica proposta por Dworkin e Streck, ambas com raízes fortes na filosofia da linguagem tal como propõe Gadamer e Heidegger. Ambos autores buscam problematizar o "não dito" que, por justamente não ser dito acaba por sustentar a prática e os "modos-de-ser" dos operadores do Direito. (MOTTA, 2012, p. 91/268.)

3.1 Procedimento administrativo como instrumento à limitação da liberdade

Embora seja clara a diferenciação clássica entre poder vinculado e poder discricionário na administração pública, advoga-se aqui pela ampliação dos limites à discricionariedade. Enquanto a vinculação está para restrição da autonomia administrativa e a liberdade do gestor está relacionada à discricionariedade, a doutrina majoritária ainda não percebe a amplitude do controle de constitucionalidade - esta sim sempre presente em qualquer ato praticado pelo Estado - ou em nome dele. Essa compreensão perpassa a compreensão de Streck quando diz que o ato de escolha não pode desconsiderar o conteúdo principiológico da Constituição. Complementa ao dizer que embora o ato administrativo possa escapar do controle de legalidade, ainda permanece com a necessidade de compatibilidade com o texto constitucional:

Se no ato administrativo discricionário é certo que o administrador está livre de uma aderência absoluta à lei, nem por isso seu poder de escolha pode desconsiderar o conteúdo principiológico da Constituição. Portanto, o ato administrativo escapa de um controle de legalidade, porém permanece indispensável que ele seja controlado em sua constitucionalidade. De qualquer forma, no poder discricionário da administração sempre está em jogo uma deferência do legislador em favor do administrador. Vale dizer, o ato discricionário é autorizado legislativamente. (STRECK, 2011, p. 41)

O problema reside, conforme já amplamente abordado, na compreensão da discricionariedade administrativa e até mesmo nos limites a ela postos. Majoritariamente a doutrina amplia a liberdade autorizada pelo legislador aos pretensos *hard cases*, e dessa maneira acabam por autorizar a prática da discricionariedade de modelo forte denunciada por Ronald Dworkin (2010, pp. 23 e seguintes) - aquela que não permite o controle da decisão pela característica trazida no contexto da decisão. Por tais motivos é que se defende aqui a necessidade da associação da realização do interesse público com a procedimentalização. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

A procedimentalização significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos estruturados entre si, de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla investigação da realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 180)

Assim posto fica clara a constitucionalidade desse modelo proposto. Em sendo um Estado Democrático a definição do *mérito administrativo* não pode ser algo dado, não pode ser um objeto dotado de sentido imanente e, nesse contexto, o ente público não pode ter lentes especiais e conseqüentemente o monopólio para extrair o seu significado. Por tais motivos é que se advoga pela participação de todos os interessados. Nesta conceituação também está posto que a procedimentalização enquanto uma série ordenada de atos estruturado entre si de forma determinante para a escolha final e, dessa maneira, acaba qualificando a escolha - que não é posta unilateralmente e a partir de grau zero de sentido.

Majoritariamente a ideia de procedimento administrativo sempre foi associada única e exclusivamente à resolução de litígios no âmbito da administração pública, seja por meio de sindicâncias e *processo* administrativo disciplinar. Todavia o mundo mudou e os sentidos se transformaram. Conforme dito, defende-se aqui um "conceito abrangente de processo administrativo que não se restringe a dirimir litígios submetidos à Administração em função atípica, mas que consubstancia uma forma de atuar da Administração no desempenho de sua função típica (Administrativa) e atípica [...]" (NOHARA, 2012, p. 238).

Não há nada posto que impeça que a Lei n. 9784 de 1999 seja aplicada única e exclusivamente no âmbito de sindicâncias e processos administrativos disciplinares. Pelo contrário, no artigo 1 está claro que tais preceitos do diploma legal também se aplicam aos órgãos dos demais poderes da União quando estiverem no desempenho da função administrativa enquanto função atípica deles. Assim sendo a lei que disciplina o procedimento administrativo se trata de lei geral que "não regula apenas os chamados processos administrativos em sentido estrito, mas **toda atividade decisória** da Administração Pública, sem exceções" (SUNDFELD, 2006, p. 19).

Paulatinamente está se ampliando a tendência de considerar o atuar da gestão pública de modo global, em detrimento da compreensão de atos administrativos tidos isoladamente. Embora continue existindo o instrumento do ato administrativo, a sua concretização somente pode ser concretizado no contexto de um procedimento, o que além de garantir os valores democráticos ainda indica a limitação das escolhas do gestor público - que anteriormente eram de escolha aleatória tendo em vista a característica de forte discricionariedade presente com a falta de compreensão prévia dos critérios vinculantes além da conveniência e oportunidade do gestor público.

Por mais que os procedimentos concretamente sejam variados, é ponto comum submeter o exercício da função administrativa à observância de procedimentos, que se afirmam como meio constitucionalmente imposto para a limitação do poder estatal e garantia de respeito aos valores democráticos. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 295)

Por tais motivos é que acredita-se que enquanto sequência ordenada de atos que, embora isoladamente tenham uma finalidade específica, possuem uma finalidade última comum: o resultado do conjunto dos atos. Nesse ponto é que a validade da instauração de cada etapa somente é possível com o exaurimento da etapa anterior, e assim o resultado do procedimento deve guardar compatibilidade lógica com o conjunto de atos que compõem o procedimento.

Apesar do ato administrativo não surgir do nada, ou seja, o desempenho da função administrativa não se resume à prática do 'ato final', pois pressupõe um encadeamento de atos, ou mesmo fatos, que antecedem sua edição; na realidade, o processo administrativo, com sua dimensão principiológica, é noção mais recente do que a noção estanque de ato administrativo, pois foi relativamente atual a ampliação da necessidade imposta pelo ordenamento jurídico no sentido de controlar o *iter* de formação da vontade estatal, recheando-o com garantias de participação dos atos administrados antes da manifestação final dos órgãos estatais. (NOHARA, 2012, p. 240)

Quanto a diferenciação entre os *poderes vinculado e discricionário* tampouco há implicações que restrinjam a submissão do exercício de tais atos a esses poderes relacionados a procedimentos. Como toda atividade administrativa comporta margens de autonomia e de vinculação, é perfeitamente aplicável a obrigação do procedimento para conjugar ambas as espécies de competências. Esse contexto ora exposto também pode ser compreendido analogamente com a metáfora proposta por Dworkin do *romance em cadeia* (2003, p. 275 e seguintes), seja na compreensão de cada ato inserido no procedimento seja nos diferentes procedimentos que vão produzindo e atualizando os critérios morais e jurídicos da comunidade de princípios.

Essa lógica não decorre de uma abstração metafísica. Conforme leciona Justen Filho (2012, p. 304) "a procedimentalização da atividade administrativa resulta da imposição dos artigos 1º, *caput*, e §1º, e 37 da CF. Ademais disso, está consagrada no art. 5º, LIV, LV e

LXXVIII, também da CF". Ou seja, a exigência da procedimentalização do exercício da função administrativa decorre da própria Carta Magna que, enquanto democrática, entende que não existe qualquer conceito imanente no âmbito administrativo que justifique o monopólio de um único agente para a realização do *mérito administrativo*. A manutenção do *status quo* protagonizado na posição majoritária da doutrina administrativista brasileira não se constitui uma simples afronta à autonomia do direito, mas também da democracia como bem aponta Streck:

Não é, portanto, a imperatividade da lei (juiz como “boca da lei”) ou a criatividade (sem limites) do intérprete que se constituem como “inimigos da autonomia do direito” e da democracia, mas, sim, as condições *pelas* quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo. (STRECK, 2011, p. 517)

Nohara, convergindo expectativas em torno da necessária procedimentalização, leciona em torno das suas vantagens:

Em suma, pode-se dizer que a processualização das atividades administrativas ganha **importância** pois contempla diversas vantagens, garantindo:

1. maior **transparência**;
2. possibilidade de controlar a atuação administrativa antes da edição do ato final, o que viabiliza, portanto, o exercício do **controle preventivo** dos atos administrativos, realizado no *iter* de formação;
3. **democratização**, a partir da ampliação dos canais de participação do povo e de interessados na formação da vontade que deve ser *estatal*, e não dos agentes individuais, e *pública*, voltada, portanto, para a satisfação de interesses da coletividade, em sua concepção primária; e
4. respeito à **dignidade** dos cidadãos-administrados, que devem ser tratados como *sujeitos* e não como *objetos*. (NOHARA, 2012, p. 242)

Com o exposto percebe-se a compatibilidade da vinculação dos atos aos procedimentos com a proposta hermenêutica inovadora da filosofia da linguagem. O que anteriormente possuía conceitos imanentes, com a proposta passará a compor um processo de diálogo na construção de sentidos. Apoiada com esses instrumentos o contexto administrativo ganha caráter universal, uma interpretação constante e não simplesmente contextos e práticas isoladas anteriormente abordadas em atos específicos. Isso implica, conseqüentemente, em dar relevância ao contexto em detrimento do puro texto.

Dessa maneira fica clara a impossibilidade de partir o raciocínio de conceitos abstratos, especialmente fundados especificamente em princípios para resolver determinado caso. Caso é o que cai no mundo. Princípios não são autorização para procedimentos pretensamente contemporâneos como a ponderação que acabam sendo uma regra em si. É preciso associar o princípio a uma regra - entendida como norma geral - para resolver a

situação a partir da reconstrução da história institucional (metáfora do romance em cadeia dworkiniano) com a reconstrução principiológica³.

O reconhecimento do procedimento administrativo como sendo necessário à validação do ato administrativo ecoa já no âmbito dos tribunais. Percebe-se na seguinte decisão proferida em sede recursal que o procedimento é um complexo integrado de manifestações e informações que buscam lastrear a decisão final da autoridade que possui a competência legal atribuída para a prática do ato final:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. [...] **O processo administrativo é um continuum, integrado por provas materiais, depoimentos pessoais, manifestações técnicas e outras informações, nos quais se lastreia a decisão final da autoridade competente para prolatá-la.** II. Inocorrência de direito líquido e certo, que pressupõe fatos incontroversos apoiados em prova pré-constituída. Não se admite, pois, dilação probatória. III. Precedentes. IV. Recurso improvido. (RMS 25736, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-02 PP-00536 RTJ VOL-00204-02 PP-00695) (grifos nossos)

Enquanto pautado pela formalidade, sem deixar de possuir determinadas condições informais - como as próprias manifestações e explicações em sede de audiências públicas, é importante salientar que os contornos e objetivos do procedimento podem tomar outro resultado daquele inicialmente proposto⁴. Eis o reconhecimento do procedimento enquanto irradiador de uma nova metodologia de construção de sentidos. O espírito fraterno e a atitude interpretativa passam a ser controlados, limitados frente as possibilidades de decisões arbitrárias de não seguir a máxima moral democrática de destinação de igual consideração e respeito para todos os cidadãos e administrados.

Conclusão

Enquanto considerações acerca do abordado cabe aqui uma reflexão do nível de *estado de natureza hermenêutica* em que se encontra a compreensão/aplicação dos institutos do Direito da Administração Pública. Quando mais se aprofunda as análises sobre os pressupostos que fundamentam o atuar do gestor público mais se torna necessário atualizá-los

³ Segundo Streck é justamente esse o papel dos princípios, e não uma autorização para decisionismos arbitrários: "[...] não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma em geral) apta para resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios" (STRECK, 2011, p. 573).

⁴ Salienta-se a existência de três espécies de procedimentos administrativos. Os de produção de um ato administrativo normativo, outro para a produção de um ato administrativo não regulamentar, ou seja, compor um litígio e, por fim, um procedimento que vise um ato administrativo que não é regulamentar e muito menos destinado à composição de um litígio. (Cf. JUSTEN FILHO, 2012, p. 315 e seguintes)

de maneira a tornarem compatíveis com o regime inaugurado junto com o Estado Democrático de Direito.

Visualizar que, sem pudor algum, a corrente majoritária administrativista ainda sustenta, após 25 anos da atual Constituição, que existe um monopólio do exercício da função administrativa, ou que o interesse público pode representar a soma das compreensões individuais acerca do público é ao mesmo tempo decepcionante mas motivador ao ver um grande público para qualificar. Mostrou-se ser incompatível a forma de conceituação de determinados instrumentos do Direito Administrativo com a ordem constitucional e com a própria filosofia da linguagem - inerente ao Estado Democrático de Direito. Visualizar que tais conceitos são *indeterminados* e que dependem do agente público para que ele, a partir de sua conveniência e oportunidade, venha a definir torna-se, cada vez mais, uma ameaça ao ambiente democrático e ao dever jurídico imposto ao Estado de dispensar igual respeito e consideração aos seus administrados.

Estender a competência discricionária para o contexto dos pretensos conceitos jurídicos indeterminados e, considerar o próprio interesse público dentre tais conceitos permitiu nesses últimos tempos diferentes decisões incompatíveis com o regime constitucional. Nesse contexto *faz sentido* a ampliação dos limites à discricionariedade sem deixar a aplicação administrativa enquanto mera repetidora do dispositivo legal ou até mesmo engessada nos contextos dinâmicos atuais. A compreensão da moralidade pública enquanto conceito dinâmico que envolve os temas de democracia, liberdade e igualdade é fundamental para que o compreender, e automaticamente decidir, jurídico-administrativo seja compatível com a ordem jurídica moralmente construída em torno da norma constitucional.

Conforme argumentado no segundo capítulo, há um dever no âmbito administrativo de manter a coerência e integridade do Direito quando da sua construção específica. O império do Direito não deve ser compreendido como um monopólio do magistrado a ponto de permitir abusos e arbitrariedades ao regime constitucional pelos agentes públicos que pretensamente utilizam-se da discricionariedade (forte), atentando a democracia, para decidir conforme suas consciências - quando não estão usurpando competências para a prática de ilícitos. Com tais possibilidades de construção subjetiva, unilateral e arbitrária é que se justifica, embora tarde, a utilização de instrumentos próprios da administração pública para submeter a vontade individual do agente público quando do exercício de alguma competência: *o procedimento administrativo*.

A utilização do procedimento administrativo, enquanto cadeia de atos com determinada finalidade conjunta comum, permite inúmeros benefícios. Primeiro parte da

compreensão democrática de que a construção de sentidos, especialmente do interesse público, não parte da compreensão unilateral do gestor - impondo assim a participação de interessados. Permite também o controle prévio e posterior da composição do sentido e da decisão tomada, pois há de preservar uma coerência lógica com o conteúdo das disposições contidas no procedimento. Ademais amplia a transparência e uma maior garantia de um tratamento dispendido de igual consideração e respeito aos administrados, sujeitos de direitos frente aos deveres que o administrador possui para com eles. A procedimentalização também fortalece a transferência do *locus* da decisão da consciência à linguagem, já que condiciona o ato administrativo final - decisão administrativa - a uma construção de sentidos que não depende exclusivamente do mesmo agente decisor. Corrobora-se, neste contexto, a pertinência do giro linguístico que perpassa nossa época e permite a ampliação de justificativas e compreensões sobre o decidir jurídico - seja no âmbito jurisdicional pelo magistrado ou no administrativo por parte do gestor.

Da função administrativa de realização dos direitos fundamentais é que inicia a compreensão do decidir por parte do ente público. O antes já imanente conceito de supremacia do interesse público agora se submete a função principal de concretização dos direitos fundamentais e dessa maneira condicionado a uma garantia de compreensão prévia na própria linguagem jurídica que se reveste em limitação ao exercício da função pública.

Neste contexto de uma hermenêutica constitucional é possível auferir a superação do esquema moderno de sujeito/objeto tradicionalmente posto em privilégio ao giro linguístico proporcionado pela filosofia da linguagem. Com este novo método de produção de sentidos pode se verificar, associado aos limites impostos pelo procedimento administrativo para a validade de determinado ato, que emerge um direito fundamental do cidadão de obter do Estado uma resposta adequada, uma resposta correta frente à Constituição e ao processo criativo de reconstrução do Direito tanto quando a decisão emerge de um contexto jurisdicional quanto no âmbito administrativo.

Com isso conclui-se pela necessária adequação da compreensão da discricionariedade administrativa e da própria função administrativa aos novos contextos de produção de sentido no âmbito do Estado Democrático de Direito. Enquanto instrumento de controle entende-se como viável, *fazendo sentido*, a submissão das competências - sejam vinculadas ou "pretensamente" discricionárias - a um procedimento administrativo que, ao organizar uma série de atos e manifestações/informações de diferentes locais de fala, permitirá um controle prévio e posterior da decisão final dele emanada - que, como advogado

durante este trabalho, deve seguir uma mesma lógica condicionada a partir das manifestações contidas no procedimento.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Londres: Harvard University Press, 2011.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- MODESTO, Paulo. O direito administrativo do terceiro setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**: Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, edição especial, p. 237-259.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização - *in memoriam* de marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**. 2a. ed - *formato eletrônico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, jan/jun, p. 91-118.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **As leis de processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.