

PARADOXOS DO BINÔMIO VINCULAÇÃO / DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Renata Camilo de Oliveira

Sumário

1. Introdução. **2.** Conceito de interpretação: crítica à distinção. **3.** O direito como integridade: crítica à distinção. **4.** Controle jurisdicional do ato administrativo e tripartição de poderes. **5.** Conclusão. **6.** Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

As constantes transformações da sociedade trazem, como conseqüência, mudanças nas normas de convívio estabelecidas; ou seja, o Direito, por seu contínuo processo de mutação, faz com que a realidade jurídica esteja condicionada e condicione as relações políticas, ideológicas, econômicas... Disso decorre que também as concepções sobre o Direito mudem e provoquem alterações na sociedade, em uma permanente e saudável relação de tensão. Daí, a constante necessidade de se repensar os conceitos utilizados pela dogmática jurídica.

A doutrina do Direito Administrativo formou-se sob a influência das idéias inspiradoras do Estado Liberal, de forma que seus dogmas e categorias

sedimentaram-se sob o pressuposto do “culto da lei”. Conforme demonstraremos ao longo deste estudo, a dicotomia vinculação/discrecionalidade não é uma exceção a tal regra.

Tradicionalmente, costuma-se classificar os atos administrativos em vinculados e em discricionários. Os primeiros seriam os atos que são fruto da outorga de competência por uma lei que descreve rigorosamente os pressupostos necessários à emissão do ato administrativo e seu conteúdo, em face da ocorrência da hipótese prevista na norma; o ato discricionário seria aquele em que a lei deixa ao administrador um claro a ser preenchido com seu juízo pessoal.¹ Afirma ainda a doutrina tradicional que a discricionariedade decorre tanto da fluidez das expressões da lei como da liberdade conferida no mandamento.

Nossa proposta é a de repensar essa dicotomia, tendo em vista as novas concepções do direito e da hermenêutica jurídica.

2 CONCEITO DE INTERPRETAÇÃO: CRÍTICA À DISTINÇÃO

Segundo a doutrina tradicional, os atos vinculados seriam aqueles nos quais a competência outorgada para a Administração é estritamente determinada, *a priori*, pela lei, de forma que a expedição do ato fica condicionada aos dados constantes do texto da norma, tanto no que se refere aos pressupostos fáticos previstos para a emissão do ato como ao seu conteúdo, caso ocorra a hipótese, prevista. Nesses casos, então, a atividade do administrador se restringiria a constatar a hipótese de fato legalmente definida de maneira completa e a aplicar, em presença dela, o que a própria lei determinou também exhaustivamente.²

1 ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p.67.

2 ENTERRIA, Garcia de e FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1991, p. 389.

Percebe-se assim que a atividade vinculada é vista como uma operação mecânica de subjunção de determinada situação fática a uma norma clara, precisa, que a determina. Assim sendo, não haveria qualquer interferência da subjetividade do aplicador.

Ora, esta é a noção de aplicação do direito que predominou no século XIX, notadamente a da Escola Exegética. Para essa corrente de pensamento, o método utilizado para a interpretação e a aplicação do direito deve ser o dedutivo-dogmático: observa-se a premissa maior (lei), daí parte-se para a premissa menor (fato concreto), para chegar-se à solução jurídica, numa espécie de análise mecanicista. Assim, no ato de competência vinculada, o administrador deveria executar apenas a atividade mecânica, como se não houvesse, conforme já mencionado, um juízo subjetivo do administrador na produção do ato com aspectos vinculados.

Obviamente, existem casos em que, de fato, a lei determina de forma minuciosa a conduta da administração pública. Casos em que a situação de fato está estabelecida em termos de incontestável objetividade e em que existe um único comportamento possível diante daquele fato. Exemplo claro de tal situação é a aposentadoria compulsória do servidor público aos setenta anos de idade (art. 40, II, da CR/88) ou a progressão por antigüidade. Nesses casos, não há dúvida sobre a correta interpretação e aplicação do preceito legal. Cabe ressaltar, porém, que tais casos são raríssimos. O próprio Bandeira de Mello afirma:

“É raro, entretanto, que a norma de Direito estabeleça com este rigor, com esta capilar precisão, qual a situação de fato objetivamente identificável e qual a conduta única, integralmente regulada e obrigatoriamente adotável perante aquela situação de fato.”³

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.16.

Esta observação é ainda mais pertinente a partir da ruptura do modelo liberal de Estado. Com a implantação do modelo do *Welfare State*, o governo começou a desenvolver uma política social, com legislação relativa a direito do trabalho, da saúde e da segurança; posteriormente, a intervenção se estende também sobre a esfera da economia, com leis de caráter antimonopolístico, dentre outras. O Estado passou a prescrever programas de desenvolvimento futuro, promovendo-lhes a execução gradual, em vez de simplesmente escolher sobre o “certo e errado”, como é típico da legislação clássica.⁴

Essas mudanças, obviamente, trouxeram um grande aumento na atribuição à administração pública do que a doutrina tradicional chama de poder discricionário. Com as novas funções que foram sendo atribuídas ao Estado, a antiga técnica legislativa de regulação de condutas passou a ser insuficiente. Surgiu a necessidade de se conceder à administração certos poderes de decisão, de regulamentação e de delegação legislativa. Com o aumento do âmbito e da intensidade das intervenções públicas, pouco a pouco emergiu um novo tipo de legislação: as leis indicavam certas finalidades ou princípios, deixando a especificação a normas subordinadas, a decisões das autoridades administrativas.⁵

Assim, os casos de vinculação estrita, nos quais a determinação dos conceitos é de tal maneira precisa e inequívoca que a sua aplicação não gera dúvida, passaram a ser os menos frequentes. Na maioria das vezes há a necessidade de fazer uso de conceitos, tais como: boa-fé, salubridade pública, justo preço, segurança pública, pobreza, moralidade administrativa, urgência, notável saber, higiene pública, ordem pública, interesse público, dentre inúmeros outros.

Portanto, são muito poucos os casos em que a atuação administrativa será tão determinada como no exemplo da aposentadoria compulsória. Nesse sentido, ressalta ainda Florivaldo:

4 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 41.

5 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?* cit., p. 40-41.

“Na maior parte das vezes, antecederá à emissão do ato administrativo um trabalho nem sempre fácil de interpretação da norma aplicável e de qualificação jurídica dos fatos ensejadores da ação do administrador.”⁶

A questão que enfocamos então é: o fato de ser necessário um trabalho mais complexo de interpretação equivale a dizer que goza o administrador de liberdade de escolha, de discricção?

A doutrina já se despertou para a tênue linha que separa a interpretação e a discricção, e é possível perceber, como alguns autores reconhecem, a existência de certo grau de indeterminação nas duas searas, ainda que, quanto ao trabalho interpretativo, essa verificação fique mais ou menos velada.⁷

Queiro, dos autores que mais se aprofundam no tema, reconhece que, mesmo nos casos de vinculação, o caráter abstrato do conceito “pode deixar margem de dúvida que, porém, o intérprete tem sempre meio de desfazer, utilizando os processos de hermenêutica administrativa”.⁸ Afirma ainda que, “no fim de contas, decorrido o processo interpretativo, fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência, e portanto também do seu agir”.⁹

Em Bandeira de Mello a indeterminação presente na vinculação pode ser vista de forma um pouco mais clara:

“Quando a vontade concreta da lei for objetivamente aferível, *por mais tormentosa que seja a operação lógica necessária para desvendá-la*, é claro que a situação da Administração será vinculada, isto é, antecipa-

6 ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 68.

7 ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e controle do ato administrativo*, cit., p. 69.

8 QUEIRO, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. VI. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946, p. 60.

9 QUEIRO, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. VI. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946, p. 56.

damente pré-moldada em uma só direção ou sentido previamente querido pela norma.”¹⁰ (grifos nossos)

E ainda, ao discorrer sobre a finalidade como elemento discricionário, percebe-se a separação entre interpretação e discricção, quando afirma:

“[...] *além de toda interpretação possível*, restará, afinal, muitas vezes, embora nem sempre, um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos.” (Grifos nossos)

É como se a atividade interpretativa e o sentido fixado para a norma através dela se tratasse de vinculação, sendo que a discricionariade existiria se, após esgotada a interpretação, a norma continuasse a admitir mais de uma solução. Ocorre que a atividade interpretativa não revela um único sentido para norma, mas sim permite, na maioria das vezes, a adoção de várias soluções possíveis. Para comprovar tal afirmação, não é preciso sequer sair dos marcos da teoria de Hans Kelsen.

Para Kelsen, a atividade interpretativa é aquela que recai sobre o ordenamento jurídico de forma a acompanhar o Direito enquanto norma inferior advinda de uma norma superior, ou seja, quando da produção da norma inferior para a aplicação da norma superior. Essas normas, hierarquicamente dispostas no ordenamento jurídico, mantêm, então, uma relação de determinação, pois que, da passagem de uma norma do escalão superior para uma do escalão inferior, busca-se regular tanto o ato de criação da nova norma quanto o ato de execução – para os casos em que a norma já exista.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 287.

A determinação, porém, não é completa; de modo que se pode falar em uma margem de indeterminação, uma margem de arbítrio para quem aplica a norma. Espera-se, na verdade, que a norma inferior continue o processo de determinação para a ordenação hierárquica das normas jurídicas.

A indeterminação abre, portanto, várias possibilidades de aplicação da norma, de forma que esta possa ser considerada uma moldura, um quadro de possíveis leituras para a sua aplicação. Assim sendo, a atividade de interpretação do direito não leva a uma única solução, que seria a que estaria determinada pela lei (caso considerado pela doutrina tradicional como vinculação). São palavras de Kelsen:

“Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito...”¹¹

Kelsen defende que normas jurídicas não são criadas por meros atos de cognição, mas por atos de vontade de um órgão aplicador que tem de fixar a interpretação possível dentro o quadro de possibilidades quando da produção da norma inferior. A aplicação de norma com conceitos indeterminados, então, equivale à atividade de interpretação do direito. Eros Roberto Grau demonstra com maestria o equívoco em que tem incorrido a maior parte da doutrina brasi-

11 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

leira ao identificar como discricção a atividade de aplicação de norma que contém conceitos indeterminados, confundindo a atividade discricionária da Administração com a atividade de interpretação do direito e, ainda, juízo de oportunidade com juízo de legalidade.

Bandeira de Mello, também um doutrinador que tem se debruçado com bastante afinco sobre o tema, conceitua discricionariiedade da seguinte forma:

“Discricionariiedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para 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 única para a situação vertente.”¹²

Roberto Grau, para demonstrar a confusão que é feita entre interpretação e discricionariiedade, apresenta o seguinte enunciado sobre a interpretação e a aplicação do direito:

“...faculdade do intérprete autêntico de escolher uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada – sempre, em cada caso, inexistente uma interpretação verdadeira (única correta).”¹³

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariiedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48.

13 GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariiedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do direito público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 328.

Como ele ressalta, retirando do conceito de Bandeira de Mello a expressão “ou da liberdade conferida no mandamento”, o restante do enunciado se refere exatamente à atividade de interpretação e de aplicação do direito.

A confusão feita entre discricionariiedade e aplicação de norma com conceito jurídico indeterminado tem estado presente ao longo de toda a história do Direito Administrativo e, como ressalta Garcia de Enterría, “A confusão de ambas as técnicas supôs na história do Direito Administrativo um gravíssimo peso, que só recentemente começou a liberar-se”.¹⁴

Como afirma Garcia de Enterría, os conceitos fluidos se referem a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas; logo, a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou.¹⁵

Analisando sua posição, temos de concordar com o fato de que a questão suscitada por tais conceitos é meramente uma questão de interpretação e aplicação da lei que contém tal conceito que, como qualquer outra, é definível pelo Poder Judiciário.

A discricionariiedade é, na realidade, a liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos.¹⁶ Como exemplo do que consideramos competência discricionária, podemos mencionar a escolha, a partir de lista tríplice, de ministro para o STF ou a escolha de determinada pessoa para ocupar um cargo em comissão. Para o direito, é indiferente, no primeiro exemplo, a escolha entre **A**, **B** ou **C**; e, da mesma forma, no

14 ENTERRIA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 392/393.

15 ENTERRIA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 393.

16 ENTERRIA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 394.

segundo exemplo, é indiferente a escolha entre qualquer pessoa que cumpra os requisitos para ocupar tal cargo.

Ora, o próprio Bandeira de Mello reconhece que é possível diferenciar a “liberdade intelectual” (liberdade decorrente dos muitos significados que se pode atribuir à norma no processo de interpretação) e a “liberdade volitiva” (liberdade de escolha concedida ao aplicador).¹⁷

Na aplicação de toda e qualquer norma tem-se necessariamente que interpretar. Não existe texto, somente interpretações. Assim, não há, na verdade, uma diferença ontológica da atividade realizada para a aplicação de uma norma com conceito indeterminado, e outra com termos mais precisos. Obviamente, porém, existem casos em que a interpretação e a aplicação podem gerar um sem-números de leituras, e outros casos em que não resta dúvida sobre a forma como deve se dar a aplicação da norma.

Assim sendo, entendemos que discricionariedade ocorre apenas nos casos em que há atribuição, pela lei, de “liberdade volitiva” à administração em relação a um ou mais elementos do ato.

Voltaremos a esse ponto no próximo capítulo. Por ora, fica aí uma ponderação do próprio Kelsen, segundo o qual,

“a divisão dos atos jurídicos em livres (discricionários) e vinculados carece de sentido, mesmo porque a distinção entre ambos não significa senão o propósito, em que a afirma, de despojar certos atos de seu caráter jurídico, declarando-os essencialmente livres”.¹⁸

17 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, cit., p. 25.

18 GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*, cit., p.329.

3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE: CRÍTICA À DISTINÇÃO

A doutrina do Direito Administrativo formou-se sob a influência das idéias inspiradoras do Estado Liberal, de forma que seus dogmas e categorias sedimentaram-se sob o pressuposto do “culto da lei”.¹⁹ Dentro dessa concepção, o ordenamento jurídico era visto como um conjunto de regras claras e precisas, e o que não estivesse na letra da lei não era considerado direito.

Com o Estado Social, passa-se a editar todo um complexo de leis sociais e coletivas que possibilitem o reconhecimento das desigualdades materiais e o amparo ao lado social ou economicamente mais fraco da relação. Entretanto, esse modelo, que valorizava a racionalidade objetivista dos tecnocratas, o planejamento econômico, bem como a oposição antitética entre técnica e política, não modifica a visão do ordenamento como composto apenas por regras.

De fato, a formulação dada pela doutrina tradicional à dicotomia vinculação/discricionariedade está impregnada por esta visão do ordenamento jurídico, sendo que, no caso de inexistir uma regra específica que regulamente o ato, haveria apenas liberdade. O ilustre doutrinador Cretella Júnior, *e.g.*, afirma que nos atos discricionários

“dispõem os agentes de *livre poder de apreciação*, de ampla possibilidade de *movimentos não condicionados por nenhuma regra jurídica preexistente*. Ao livre pronunciamento da autoridade administrativa, trazido em ato, *desvinculado de qualquer prévia regra de direito condicionante* de seu modo de agir, damos o nome de poder discricionário da Administração pública”.²⁰ (Grifos nossos)

19 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 9.

20 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 221.

Hely Lopes Meirelles também afirma em relação aos atos discricionários:

“desde que a lei confie à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objetivo, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque *não há padrões de legalidade para aferir essa atuação*”.²¹

Ocorre que, em uma concepção pós-positivista do direito, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas que se subdividem em princípios e regras, de forma que o ato, ainda que não tenha uma regra específica que determine o seu conteúdo, terá de estar adequado aos princípios que regem todo o ordenamento. O modo como os positivistas concebem/descrevem o ordenamento jurídico é, aliás, uma das principais críticas de Dworkin, um dos responsáveis pelo reconhecimento da normatividade dos princípios, a essa corrente. Para ele, o ordenamento composto apenas por regras, tal como propõe o positivismo, não possibilita ao Direito cumprir seu papel de integração social, pois que se restringe a uma visão unilateral e insuficiente.

O ordenamento, segundo Dworkin, é composto de regras e de princípios. Estes, contingentes e dinâmicos, investem-se de um conteúdo moral e prestam-se à realização da justiça. São eles que fundam ou justificam as regras jurídicas.

A doutrina brasileira já vem adotando tal forma de descrever/conceber o ordenamento jurídico. Nesse sentido, ressalta o Prof. Paulo Bonavides:

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 132. Cabe ressaltar, porém, que Hely apresenta em outros momentos uma visão mais ampla do ordenamento. Assim, na página 99 daquela mesma obra, afirma o autor: “Mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do direito e pelas regras de boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa.” Evidencia-se assim, *data venia*, certa contradição com a citação anteriormente transcrita.

“[...] não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios (a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios), sendo as normas o gênero e as regras e os princípios a espécie”.²²

Da mesma forma, afirma Eros Roberto Grau: “Todo intérprete autêntico estará sempre vinculado pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam princípios, que interprete.”²³

Também o posicionamento da Prof^a Germana nesse ponto é intocável:

“Com o pós-positivismo, dominante no constitucionalismo desse o final do século XX, reconhece-se além da normatividade dos princípios, a hegemonia normativa dos princípios em relação às regras.

[...]

Cabe ao Poder Judiciário, além da aferição da legalidade dos atos administrativos – de sua conformidade com as regras jurídicas, o controle da juridicidade – a verificação de sua compatibilidade com os demais princípios da Administração Pública, para além da legalidade, a qual se reveste do caráter de controle da constitucionalidade dos atos normativos.”²⁴

Para Dworkin, não é possível que se confundam princípios e regras, pois que, mesmo que eles apresentem uma coincidência funcional, visto que são ambos requeridos pela sentença jurídica individualizadora de direitos e deveres, possuem um diferencial crucial concernente ao conteúdo que apresentam. As

22 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 259.

23 GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*, cit., p. 325.

24 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 20 e 10.

regras se excluem mutuamente quando de um confronto. Se são incompatíveis, não há meio de que uma subsista com a outra. Não há lugar para contradições.

Já os princípios, como representação daquilo que a comunidade tem de mais caro e precioso, podem conviver de forma harmoniosa, mesmo que, eventualmente, sejam contrários. Ou seja, os princípios, diferentemente das regras, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente, de forma tal que subsistem no ordenamento princípios que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. Princípios são, portanto, normas inegociáveis que, no caso de um conflito, não são eliminadas segundo as particularidades do caso em questão, mas sopesadas, de forma que um princípio não se desnatura ou deixa de existir porque foi preterido em determinadas circunstâncias.

Isso não implica dizer que aos princípios cabe uma aplicação que não lhes envolva a inteireza; isto é, não aplicamos 80 ou 50% de um princípio para que outro princípio possa encerrar a porcentagem em 100%. Um deles será escolhido para a solução do caso, em detrimento do outro, certamente. O que queremos dizer, de fato, é que eles podem co-existir em um ordenamento de forma harmoniosa, mesmo que sejam contrários em determinadas situações. Assim, a sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si, bem como a participação das partes na delimitação dessas especificidades, são fundamentais para que se possa encontrar a norma adequada para produzir justiça naquela situação específica.

Dessa forma, podemos afirmar que todas as normas, tanto as regras como os princípios, são esquemas de interpretação do tipo “tudo ou nada”; ou seja, não se pode aplicar uma norma “mais ou menos” ou “um pouco de uma norma”; ela deve ser aplicada em sua totalidade, sob pena de que sua fundamentação não seja minimamente plausível no que se refere à validade.

Isso posto, podemos agora retomar a crítica ao binômio vinculação/ discricionariedade do ponto em que paramos no último capítulo. Ora, justamente porque toda norma é aplicada segundo o esquema “tudo ou nada” é que temos de concordar com Garcia de Enterría quando ele ressalta que, da aplicação de norma com conceitos fluidos à qualificação de circunstâncias concretas, não se

admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou.²⁵

Ocorre, porém, que, ainda concordando com as conclusões de Garcia de Enterría, discordamos de uma das premissas da qual parte. Para ele, a aplicação de uma norma com conceito fluido consiste em mera inteligência da lei e, portanto, algo totalmente diferente do ato de volição, único que implicaria discricionariedade.

Tal posicionamento já foi combatido com maestria pela teoria interpretativa do próprio Kelsen, que demonstra que normas jurídicas não são criadas por meros atos de cognição, mas por atos de vontade de um órgão aplicador, que tem de fixar a interpretação possível dentro o quadro de possibilidades quando da produção da norma inferior. Ou seja, que a atividade interpretativa não revela um único sentido para a norma, mas sim permite, na maioria das vezes, a adoção de várias soluções possíveis.

Para Kelsen, não há, segundo o Direito Positivo, o que faz desta ou daquela decisão a mais correta. Elas representam resultados possíveis e a questão que permeia o momento da escolha de uma delas é, unicamente, de política, não de teoria ou ciência. A escolha do aplicador é discricionária, implica um ato de vontade autorizado. Essa discricionariedade se tornou ainda maior após a modificação introduzida por Kelsen à Teoria pura do direito em 1960, pois que, a partir de tal edição, interpretar autenticamente significa produzir uma norma que se situe dentro ou fora da moldura que a norma aplicanda representa.

Dworkin, por sua vez, apresenta uma visão em contraponto àquela, segundo a qual o aplicador descobre o direito fazendo uso apenas do que foi estabelecido no passado como tal (seja pelo legislador ou pela jurisprudência), ou que o aplicador inventa o direito, voltando-se apenas para o futuro, concepções estas chamadas pelo autor, respectivamente, de convencionalismo e pragmatismo.²⁶ Para ele, não há nem uma total liberdade criativa nem uma coerção mecânica do texto.

25 ENTERRIA, Garcia de; RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 393.

26 Como exemplo do que o autor chama de convencionalismo, podemos mencionar as doutrinas positivistas do direito; como exemplo de pragmatismo, o movimento realista.

Segundo a concepção de Dworkin (direito como integridade), as aplicações do direito são opiniões interpretativas que combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro. Assim, os aplicadores “interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”.²⁷ Nessa mesma linha de raciocínio, afirma Canotilho:

“Entre um ‘objectivismo histórico’ conducente à rigidificação absoluta do texto constitucional, e um ‘objectivismo actualista’ extremo, legitimador de uma ‘estratégia política’ de subversão ou transformação constitucional, a interpretação constitucional deve permitir a renovação (=atualização, evolução) do ‘programa constitucional’, mas sem ultrapassar os limites de uma tarefa interpretativa (isto implica: proibição de rupturas, de mutações constitucionais silenciosas e de revisões apócrifas).”²⁸

O positivismo concebe decisões únicas, obtidas a partir de regras que são válidas porque adequadamente trazidas à luz pelas instituições próprias. Há a garantia da certeza, mas não a certeza da correção. Não há permeabilidade a princípios. Se o positivismo concebe o sistema como fechado, completo, sem antinomias (tendo as lacunas como “mera aparência”, devido à possibilidade de usos sucessivos de silogismos), não dá, dessa forma, espaço à subjetividade do juiz. Se o ordenamento, porém, é fechado, e, conseqüentemente, restrito, faz com que o juiz lance mão do seu poder discricionário, do seu livre arbítrio. A decisão do juiz, na realidade, se produz antes dos argumentos que a justificam. Assim, a controvérsia entre juiz criador e juiz declarativo perde substância, pois qualquer um dos dois julga tanto por um quanto por outro método, dependendo do resultado que pretende obter.

27 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martin Fontes, 1999, p. 271.

28 CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 318.

Nesse ponto, Canotilho critica também os realistas que acreditam ser a decisão judicial arbitrária, pois caem também no erro de considerar o ordenamento jurídico somente como um conjunto de regras. A fusão completa e irrestrita entre política e direito (tal como propõe a escola realista) em nada contribui para a questão da certeza jurídica. Ou seja, atribuir as decisões dos juízes à sua consciência subjetiva é tão lamentável e desastroso, quando e enquanto pensamos a interpretação no marco do Estado Democrático de Direito, como aceitar a tese da discricionabilidade judicial. Dworkin nega o poder político dos juízes, sem necessidade de reduzir seu trabalho a uma atividade meramente mecânica.

Dworkin, portanto, não nega o caráter criativo que as decisões judiciais podem ter, mas é contra a teoria da discricionabilidade judicial. Diz que, quando em casos de difícil solução, não se deve desejar a liberdade do juiz, pois que ele não é apto a ditar normas. Tais casos difíceis ou *hard cases* possuem sempre uma resposta correta, sem que se tenha de recorrer ao poder discricionário do juiz. Nessas situações, quando não se pode aplicar nenhuma regra que seja correta ou adequada, pode-se lançar mão dos princípios. O material jurídico assim – composto por regras e princípios – estaria sempre apto a oferecer uma decisão ao que lhe fosse apresentado. O juiz aqui não se coloca como legislador, não cria direitos, apenas faz a defesa desses direitos, com base em regras e princípios preexistentes.

Dessa forma, deve-se diferenciar os discursos legislativos de justificação (regidos pelas exigências de universalidade e abstração, nos quais todas as normas são aplicáveis *prima facie*), dos discursos judiciais e executivos de aplicação (regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso). Assim, nos discursos de aplicação, em que a decisão acarreta a densificação das normas gerais e abstratas, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões, o que Klaus Günther denomina de senso de adequabilidade.²⁹

29 CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 483, 1997.

Roberto Grau, da mesma forma, se opõe à idéia de que o juiz goza de discricionariedade, pois ele está sempre vinculado pelas normas jurídicas que deve interpretar. Entretanto, critica esse autor a posição adotada por Dworkin. Segundo ele,

“Nega-se, assim, a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para todos os casos jurídicos – ainda que o intérprete autêntico esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules estará em condições de encontrar, para cada caso, a única resposta correta.”³⁰

[...].

Vem à tona, neste instante, a tese da única interpretação correta, à qual podem fazer adesão irrestrita todos quantos visualizam no intérprete – e no juiz – um servo do ‘espírito da lei’ ou da ‘vontade do legislador’, negando-lhe a possibilidade de atuar discricionariamente. Não é esta, porém, a circunstância que me leva a recusá-la.”³¹

Para Grau, não é possível atribuir a qualquer decisão interpretativa a qualidade de verdadeira ou falsa, mas tão-somente de aceitável (justificável). Ocorre que Dworkin, de forma alguma, adere às doutrinas que buscam o “espírito da lei” ou a “vontade do legislador”. Pelo contrário, as combate de forma ferrenha.

O que a concepção de Dworkin exige é que o aplicador do direito, quando diante de várias interpretações possíveis da norma, busque julgar qual das possíveis leituras se ajusta melhor (adequabilidade) ao direito em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão.

A idéia da “única resposta correta” é muitas vezes mal compreendida pelos críticos. O direito como integridade exige que seja realizada uma análise

30 GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*, cit., p. 325.

31 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 197.

preliminar da adequação por meio da qual certas interpretações e decisões “possíveis” serão eliminadas por se mostrarem incompatíveis com a prática jurídica. Os chamados casos difíceis são aqueles em que, justamente, após feita essa análise, continuam autorizando duas ou mais interpretações aceitáveis. Nesses casos, Dworkin reconhece que é possível que juízes diferentes, apoiados na idéia do direito como integridade, ou seja, buscando a melhor decisão do ponto de vista da moral política como um todo, decidam os casos de forma diferente.

A questão, porém, é que Dworkin adota a perspectiva interna, do participante. Assim, o juiz, ao decidir determinado caso, considera uma das partes vencedoras porque acredita que, de fato, pela análise realizada, é aquela a resposta mais adequada e que, portanto, o direito a favorece.

Dworkin, destarte, renuncia à perspectiva objetivante, adotada pelo positivismo, e se coloca na perspectiva dos envolvidos, percebendo que, muitas vezes, mesmo não havendo dúvida com relação aos fatos de um caso concreto, nem sobre a letra da lei, permanece a questão de qual é o direito para aquele caso, já que o ordenamento jurídico não é composto somente por regras, mas também por princípios, que concorrem para a solução do caso concreto. É a partir desse ponto que o autor busca construir seu modelo de interpretação, denominado construtivista.

Dworkin acredita ser a interpretação jurídica uma atividade teleológica, ou seja, dotada de um fim. Neste sentido, se um juiz adota uma perspectiva positivista, suas decisões se pautarão pelos parâmetros da segurança, da previsibilidade e da certeza jurídica – garantias do bom e eficaz funcionamento da comunidade. Ele, no entanto, espera que o Direito não somente pacifique as relações e garanta o bom funcionamento social, mas, que, acima de tudo, os faça de forma a não ferir princípios, ou seja, que o Direito torne o governo mais coerente, que o Direito busque a integridade de forma que a comunidade seja regida por princípios, e não apenas por regras que possam ser incoerentes com esses princípios.

Para tanto, estabelece uma compreensão dinâmica do ordenamento jurídico, de forma que a distinção entre regras e princípios se dá na análise do caso concreto em que um juiz, ao tomar uma decisão, deve reconstruir, da melhor

forma possível, toda a história do Direito até aquele momento, considerando o ordenamento jurídico como um todo (coerência com princípios) e as especificidades do caso em questão.

Dworkin busca resgatar os exigentes pressupostos que informam a postura do juiz em uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Para ele, todo e qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda a tutela jurisdicional é único e irrepetível, como, aliás, o são todos os eventos históricos. Dessa forma, é um pressuposto de sua teoria que um juiz “Hércules” realize um esforço no sentido de encontrar no ordenamento, considerado em sua inteireza, a única decisão correta para cada caso específico, irrepetível por definição. Todo caso deve ser tratado como um caso difícil.

Como resultado dessa concepção (direito como integridade), o juiz deve, segundo Dworkin, procurar para cada caso a melhor solução possível, de forma que sua decisão continue a história do Direito da forma mais adequada, o que significa apoderar-se criticamente dessa história institucional e fazer uma reconstrução do direito vigente até o momento da decisão pretendida.

Dworkin constrói, portanto, um esquema de interpretação baseado em princípios que têm como objetivo identificar a moralidade pressuposta nas leis e instituições, além de justificar e harmonizar o ordenamento.

Cabe a “Hércules”, portanto, encampar essa tarefa inglória. Para tanto, reveste-se esse poderoso juiz de apostos quase sobre-humanos. É ele, ao mesmo tempo, um juiz, um filósofo, um sociólogo, etc., isto é, detém o poder e o privilégio de conhecer a verdade. É, sobretudo, pelo caráter solitário, monológico e sobre-humano desse juiz que a teoria de Dworkin é veementemente criticada, visto que ele coloca em xeque o pressuposto mesmo de que partiu: o direito como integridade ou como coerência a princípios.

No que se refere, especificamente, à questão central deste estudo, Dworkin reconhece que os princípios muitas vezes se apresentam extremamente abstratos, de forma que surge a pergunta de quem seria a autoridade competente para decidir sobre sua aplicação, ou se cada um dos poderes é livre para dar a sua interpretação. Afirmo o autor que a Constituição estabelece restrições aos po-

deres, tais como respeito à igualdade ou ao devido processo legal, e se questiona se cabe ao Judiciário dizer quando tais limites foram violados. Em relação ao sistema norte-americano, ele afirma:

“Disso tudo não decorre, como uma questão de lógica inflexível, que a Suprema Corte tenha o poder de decidir quando tais limites foram transgredidos. Pois a Constituição poderia ter sido interpretada como estabelecendo diretrizes ao Congresso, ao presidente e aos detentores da autoridade pública, que estes tivessem o dever legal e moral de obedecer, mas fazendo deles os seus próprios juízes. A Constituição teria então desempenhado um papel muito diferente e muito mais fraco na política norte-americana: teria servido de pano de fundo para debates políticos, entre diferentes instituições, sobre os limites de sua jurisdição constitucional, e não como fonte de autoridade de uma dessas instituições, os tribunais, para fixar tais limites às demais. Em 1803, a Suprema Corte teve a oportunidade de rejeitar esse papel mais frágil. Seu presidente, John Marshall, afirmou que o poder e o dever da Corte de fazer cumprir a Constituição derivava da própria declaração contida nesse documento, de que a Constituição era a norma jurídica suprema do país.”³²

Dworkin critica então aqueles que discordam de tal decisão, insistindo em que existe uma sólida distinção analítica entre as questões legais sobre o que é o direito e as questões políticas sobre se os tribunais devem ou não aplicar o direito (perspectiva do direito como simples matéria de fato). Afirmo, por fim, o autor:

“Em todo caso, Marshall decidiu que os tribunais em geral, e a Suprema Corte em última instância, têm o poder de decidir pelo governo como um

32 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 426.

todo o que a Constituição pretende dizer, e de declarar inválidos os atos de outros órgãos públicos sempre que excederem os poderes que lhes são outorgados pela Constituição, corretamente entendida. Sua decisão foi aceita, pelo menos nessa forma abstrata, e a prática constitucional subsequente consolidou-se firmemente em torno dela.”³³

Ora, outra não foi a opção feita pelo Brasil. Aqui, por adotarmos o sistema romanístico, a opção foi feita no Decreto n. 510, de 1890, que publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, segundo o qual, *in verbis*:

“Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º Das sentenças da justiça dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

[...].

b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnados.”

A Constituição de 1891 repetiu tal dispositivo e, finalmente, a Lei n. 221, de 1894, que completou a organização da Justiça Federal da República, consagrou de forma clara o controle difuso de constitucionalidade, dispondo de maneira lapidar:

“Art. 13. Os juízes e tribunais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

[...]

§ 10 Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente

inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”

Destarte, nossa opção foi colocar o Judiciário como guardião último da Constituição. Assim como Dworkin, acreditamos ter sido a decisão acertada, tanto porque concordamos que não existe uma sólida distinção analítica entre as questões legais sobre o que é o direito, e as questões políticas sobre se os tribunais devem ou não aplicar o direito, como para que a Constituição não se torne um texto de valor contingente e descartável segundo o imperativo das circunstâncias.

4 CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E TRIPARTIÇÃO DE PODERES

Considerando que a dicotomia vinculação/discrecionalidade, da forma como é trabalhada pela doutrina tradicional, está impregnada pela noção de separação de poderes formulada para o modelo liberal de Estado, e que a proposta revisionista do presente estudo acaba por excluir do conceito de discrecionalidade a maior parte do que tradicionalmente tem sido considerado como tal, julgamos necessário ainda rever o modelo de tripartição de poderes de forma a analisar a adequabilidade de nossa proposta.

Com a mudança do paradigma do Estado liberal para o modelo do *Welfare State*, tem-se um grande aumento das atribuições do Estado. Verifica-se um alargamento acentuado da intervenção do poder público na vida econômica e social. O surgimento de leis trabalhistas, antitruste e previdenciárias são alguns dos exemplos que mostram a mudança de postura do Estado que, de abstencionista, passa a intervir nas questões sociais e econômicas, assistindo os economicamente excluídos, oferecendo direitos sociais a uma clientela de desfavorecidos ou carentes de um lado, e de outro lado intervindo no domínio econômico no sentido de controlar o processo de concentração.

33 DWORIKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 427.

O Estado passa a prescrever programas de desenvolvimento futuro, promovendo-lhes a execução gradual, em vez de simplesmente escolher sobre o “certo e errado”, como é típico da legislação clássica.³⁴ Assim, passa a caber também ao governo a administração do social, desenvolvendo programas de saúde, de emprego de mão-de-obra, projetos habitacionais, políticas de assistência familiar, dentre outros.

O Estado, assistencialista e sobrecarregado, é colocado acima da sociedade e absorve toda a dimensão do público. Passa-se de uma visão que privilegia uma sociedade individualista, na qual a atividade do Estado deve se restringir a facilitar a iniciativa privada, para uma visão de um Estado dirigista e redistribuidor.

Em razão do enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno de obstrução dessa função, pois os parlamentares não tinham e não têm condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação. Dessa forma, para evitar a paralisia, surgiu a necessidade de transferir a outrem grande parte de sua atividade, de forma que suas atribuições terminaram em abdicação.³⁵

Ocorre que a atividade foi transferida, principalmente, ao Executivo, daí o Estado de bem-estar que, a princípio, era caracterizado como um “Estado legislativo”, transformar-se em “Estado administrativo”, na verdade em “Estado burocrático”. Tem-se, então o que Vianna chama de outra face do *Welfare State*, ou seja “a do Estado administrativo, com sua burocracia autonomizada do controle político, tutelando de modo paternalista cada região da vida social”.³⁶

Como ressalta o mesmo autor, com a progressiva racionalização da economia e das corporações originárias do mundo de produção, na medida em que supõe ação tempestiva, conhecimento específico em matérias de alta especialização e perícia técnica no momento da intervenção, tem-se a ultrapassagem do

34 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 41.

35 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 18.

36 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 18.

Legislativo pelo Executivo, em termos de iniciativa das leis e da regulamentação normativa do *welfare*.³⁷ Essas mudanças, conforme já mencionado, trouxeram um grande aumento na atribuição à administração pública do que a doutrina tradicional chama de poder discricionário. Como afirma Koopmans, citado por Cappelletti,

“...o caráter dessa legislação, que tipicamente se destina a produzir transformações, [...] mudou de forma muito acentuada e quase imperceptivelmente. As leis mais velhas, em tema de trabalho, por exemplo, eram feitas de acordo com a técnica legislativa tradicional. Elas formulavam, efetivamente, certas regras de conduta, sobre vários temas, como o da segurança e da higiene nas fábricas, da proibição do trabalho das crianças, das obrigações financeiras dos empregadores ou dos efeitos jurídicos dos acordos coletivos. Esse método, porém, manifestou-se inadequado quando se tratou de formular esquemas de segurança social ou leis de investimentos e de concorrência. Nesses domínios, as leis possivelmente fixaram também certas regras de conduta, mas não se detiveram aí: dispuseram, além disso, sobre a criação de entes sociais e instituições, e concederam ao Poder Executivo ou a outras entidades, em determinados casos, certos poderes de decisão e também de regulamentação e delegação legislativa. Com o aumento do âmbito e intensidade das intervenções públicas, a tônica da atividade legislativa deslocou-se progressivamente das regras de conduta para as medidas e acomodações institucionais. Pouco a pouco, emergiu um novo tipo de legislação: as leis indicavam certas finalidades ou princípios, deixando a especificação a normas subordinadas, a decisões de ministros ou autoridades regionais ou locais, ou aos cuidados de novas instituições, como agências, comitês, tribunais administrativos, etc.”³⁸

37 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 17 e 18.

38 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 40-41.

Tem-se, assim, o desenvolvimento do que Cappelletti chamou de gigantismo do Poder Legislativo e gigantismo do ramo administrativo.

O que se percebe, entretanto, é que esse Estado providente, assistencialista, clientelista, paternalista, dirigista e sobrecarregado, que distribui chances de vida, buscando garantir a cada um a base material para uma existência humana digna através de direitos sociais e econômicos, muitas vezes prejudica, pelas suas intervenções antecipadas, a própria autonomia que ele deve proteger, preenchendo os pressupostos fáticos de um aproveitamento, em igualdade de chances, das liberdades negativas.³⁹

Assim, fator determinante para a crise do Estado Social foi, como coloca Habermas, a “insensibilidade” das burocracias estatais emergentes em relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes, dificultando a configuração autônoma da vida privada – fraqueza simétrica à “cegueira social” do direito formal burguês.⁴⁰

Como alternativas à crise do Estado de bem-estar surgiram diferentes propostas visando, por exemplo, à descentralização legislativa, à participação popular nos procedimentos decisórios da administração, à ampliação da atuação do Judiciário para servir como contrapeso à ampliação dos outros dois Poderes.

Tendo em vista o nosso objetivo com o estudo, concentraremos nossa análise na última das propostas mencionadas, ou seja, na função do “terceiro poder” diante das transformações mencionadas.

Como ressalta Cappelletti, diante do gigantismo do Legislativo e do ramo administrativo, os tribunais devem escolher uma das duas possibilidades seguintes:

“a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao

nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislado mastodonte e o levianesco administrador.”⁴¹

Ora, na medida em que o Judiciário se furtar a analisar as decisões em que o administrador goza de liberdade intelectual, não estará fazendo outra coisa que não optar pela primeira das possibilidades. E recaindo a escolha na primeira alternativa,

“A sua escolha não superará os que podem ser considerados, em sentido lato, conflitos privados (sejam civis ou penais) dado tratar-se sempre de conflitos que não envolvem as novas tarefas promocionais agudas e usualmente discricionais do ‘Poder político’ do Estado”.⁴²

Montesquieu, ao consagrar a teoria da tripartição dos poderes, formulou-a de forma adequada ao paradigma do Estado liberal. Assim, para ele, caberia ao Judiciário apenas castigar os crimes e julgar as querelas entre particulares. Tal formulação não se mostra adequada para o nosso atual modelo de Estado. Entretanto, a premissa da qual partiu o autor para a consolidação da teoria continua sendo válida: todo aquele que detém o poder, tende a abusar dele. De forma que, para evitar tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites.⁴³

Alguns doutrinadores, porém, presos às concepções tradicionais, se opõem a tal controle, afirmando que isso tornaria o Executivo inoperante. Para Cavalcanti, por exemplo, a impossibilidade de controle pelo Poder Judiciário é essencial para que o Estado possa realizar a sua finalidade, que é de zelar não só pelo interesse individual mas, ainda, pelos interesses coletivos. São palavras do autor:

41 CAPPELLETI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 47.

42 CAPPELLETI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 125.

43 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168.

39 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 145.

40 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, cit., p. 125.

“Como realizar essa finalidade, se todos os seus atos, se toda a sua atividade sofrer contínua fiscalização, o controle permanente do Poder Judiciário, com o seu critério rígido de apreciação dos fenômenos jurídicos, sem a capacidade de encarar as questões administrativas, por seu aspecto superiormente político, tendo em vista apenas os interesses superiores do Estado?”⁴⁴

Com relação a essa oposição, de início, cabe ressaltar que é exagerada. Ora, o Judiciário, como todos sabem, é inerte, só age quando provocado. Sabemos ainda que para mover uma ação judicial há um desgaste financeiro, de tempo e, até mesmo, psicológico. Assim sendo, o controle não recairia jamais sobre todos os atos da administração, mas somente sobre aqueles nos quais o particular ou determinada instituição responsável por tutelar direitos coletivos e difusos sentisse que realmente houve lesão. E, nesse caso, considerando que o administrador deve agir não em nome de seu interesse, mas sim em nome da coletividade, nada mais justo que os membros dessa coletividade, quando se sentirem lesados, possam exercer seu direito de ação e contestar a jurisdição da decisão administrativa.

Faz-se mister chamar a atenção ainda para o fato de que tal oposição se apóia em argumentos de ordem pragmática e não jurídicos. Assim sendo, tal argumento não pode ser utilizado para justificar violações de direitos pela Administração. Os direitos fundamentais são inegociáveis e não podem ser sacrificados nem mesmo pelo (suposto) bem-estar comunitário.

É nossa convicção que, como afirmou Alessandro Pekelis,

“uma atividade legislativa ou administrativa eficaz de modo algum é incompatível com o controle judiciário da própria atividade, [...] antes a coexistência equilibrada de tal atividade e de seu controle representa a essência mesma do regime constitucional.”⁴⁵

44 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 113.

45 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 53.

5 CONCLUSÃO

As teorias apresentadas por nós tiveram por finalidade fundamentar a revisão que realizamos do conceito de ato vinculado e de ato discricionário. Segundo nossa proposta, seria insusceptível a revisão judicial somente das decisões da administração nas quais houvesse a liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Assim sendo, caberia ao juiz, sempre que a norma não concedesse liberdade volitiva (possibilidade de escolha entre indiferentes jurídicos), verificar a adequabilidade da escolha feita com nosso ordenamento jurídico como um todo, concebido este como um conjunto de regras e princípios. Disso decorre uma ampliação no papel do Poder Judiciário que serviria, então, como contrapeso à grande ampliação dos outros dois poderes no modelo do *welfare*.

Para concluir, gostaríamos de suscitar alguns riscos que a adoção desses posicionamentos pode trazer, bem como tecer algumas críticas à teoria de Dworkin, o que acreditamos ser desnecessário em relação à teoria de Kelsen, pois já foram abordados muitos questionamentos a esta teoria no decorrer do terceiro capítulo.

Certamente, existem riscos de perversão e abuso no surgimento de um terceiro gigante, assim como os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, de lentidão, de inacessibilidade, etc. Cappelletti chama a atenção para três riscos específicos e mais prováveis no que se refere ao Poder Judiciário:

1) Dificuldade de controlar o emprego correto da escolha legislativa e administrativa, especialmente nas hipóteses em que um sério controle exija a utilização de conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas, as quais, embora possam estar à disposição do legislador e da administração pública, são amiúde dificilmente acessíveis aos tribunais judiciários. Muitas vezes, complexos dados sociais, econômicos e políticos podem não ser suscitados nos casos concretos e mesmo serem inacessíveis aos tribunais. Nesse sentido, é elucidativo o exemplo fornecido por Horowitz, segundo o qual os juízes não se perguntam se

“pouco mais” na reforma das prisões pode significar menos assistência médica ou mais impostos para os cidadãos.

2) O perigo de inefetividade: como podem os tribunais controlar a correta atuação de pronunciamentos judiciais que, operando por definição no campo das obrigações do *Welfare State*, para serem efetivamente obedecidas implicam, freqüentemente, por exemplo, uma atividade *continuativa* de parte das entidades administrativas ou até do legislador?

3) O problema da legitimação democrática: o Legislativo e o Executivo são eleitos, e o Judiciário não.⁴⁶

Com relação ao dois primeiros riscos apresentados, Cappelletti chama a atenção para o fato de que também os ditos poderes “políticos” revelam notável dose de “incompetência institucional”, como se segue:

“Considerem-se, por exemplo, os amplos domínios do chamado direito econômico, nos quais, muito freqüentemente, os legisladores têm demonstrado a sua incapacidade de resistir às tentações da demagogia e de saber se empenhar em séria e equilibrada valoração de custos e benefícios. Parece lícito argüir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis tanto às pressões da genérica demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas, impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os ‘políticos’ encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados.”⁴⁷

Além disso, a ampliação da função jurisdicional, conforme já mencionado, é o necessário contrapeso ao crescimento dos ramos políticos, de forma que

46 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 50, 87.

47 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 89.

“é previsível um gradual processo de adaptação do Judiciário, no sentido de que desenvolva maior ‘competência institucional’, a fim de saber responder às novas exigências que se lhe estão impondo...”⁴⁸

Em resposta ao problema da legitimação democrática, são apresentados vários argumentos. O primeiro deles é que a perfeita capacidade dos poderes “políticos” de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos da sua maioria, se mostrou utópica. Como ressalta Shapiro,

“o que realmente emerge da análise do Congresso e da presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...], e sim, freqüentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.”⁴⁹

Cabe ressaltar, ainda, o problema da falta de “acesso” de alguns grupos aos poderes “políticos”. Este problema se mostra ainda mais sério em uma sociedade como a brasileira, no qual são pouquíssimos os grupos bem organizados, decorrendo, daí, que os grupos com poder econômico é que costumam ter “acesso” aos poderes políticos.⁵⁰

48 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 90.

49 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 95.

50 Com isso não queremos dizer que os desfavorecidos economicamente tenham amplo acesso ao judiciário e nem que a legitimação democrática e representativa do Legislativo e Executivo não deve ser buscada. De forma alguma. Apenas queremos deixar claro que o problema da legitimação se estende também aos poderes “políticos”. Por outro lado, já é possível observar um pequeno avanço na democratização do Judiciário com, por exemplo, a criação de juizados especiais e defensorias públicas.

Destarte, o Judiciário pode dar importante contribuição à representatividade geral do sistema na medida em que pode permitir o acesso ao processo judicial e, assim, dar proteção a grupos que não estão em condições de obter acesso ao processo político.⁵¹ Isso é agravado quando a necessidade de apoio eleitoral dos poderes “políticos” faz com que a voz das minorias não seja ouvida. Ainda nas palavras de Shapiro:

“São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’, que a Corte pode melhor servir [...] Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciais. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (*‘adversary’*) entre duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.”⁵²

Outro argumento apresentado por Cappelletti é o de que é essencialmente democrático o sistema no qual o povo tem o “sentimento de participação” e enquanto tal sentimento pode se perder nos aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis do Legislativo,⁵³ é característica essencial da jurisdição em razão do princípio do contraditório.⁵⁴

51 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 99.

52 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 99.

53 Consideramos que isto também pode ocorrer e ocorre com o Executivo.

54 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 100.

Além disso, a criação jurisprudencial do direito tem a vantagem de ser lenta, gradual e experimental. Assim ressaltou Roscoe Pound a respeito da criação do direito pelo Judiciário:

“[...] exhibe real vantagem, na competição com o direito legislativo, por operar com casos concretos, generalizando apenas depois de longo período de tentativas experimentais, de provas e contraprovas (*‘trial and error’*), no esforço de chegar à elaboração do princípio praticável. A legislação, pelo contrário, quando não meramente declarativa, quando não se limite a colocar em forma de lei o que já foi adquirido pela experiência jurisdicional, implica todas as dificuldades e perigos próprios da profecia.”⁵⁵

Ressalta ainda Dworkin que, em todo o caso, o povo tem o poder residual de modificar qualquer prática judicial em vigor, na medida em que pode eleger legisladores que têm poder de impor sua vontade sobre os juízes de um modo ou de outro.⁵⁶

Existe, porém, um outro risco, extremamente sério, que não chegou a ser levantado por Cappelletti: o de que a invasão da política pelo Direito e o próprio gigantismo do Poder Judiciário continuem levando ao paternalismo estatal, ao gozo passivo de direitos, à privatização da cidadania. Corre-se o risco de transferir-se para um juiz questões que deveriam ser debatidas e decididas no terreno livre da sociedade civil.

De fato, a teoria de Dworkin e de Cappelletti valoriza o juiz como personagem de uma *intelligentia* especializada em declarar como direito princípios já admitidos socialmente, e como intérprete do justo na prática social.

55 CAPPELLETTI. *Juízes legisladores?*, cit., p. 105.

56 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 171.

Apesar da interessante proposta de Dworkin, de uma interpretação principiológica, Habermas critica o caráter monológico da atividade do solitário juiz “Hércules”. A objeção levantada à teoria do direito ideal, formulada por Dworkin, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, parte da premissa de que essa teoria possui um único autor (o juiz).⁵⁷

Para Habermas, esse princípio monológico vai contra a própria proposta de Dworkin de colocar o direito como integridade ou como coerência a princípios, pois do ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma idéia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político apenas tomam de empréstimo ao ato de elaboração da Constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional.⁵⁸

O paradigma do Estado Democrático de Direito deve fazer jus à idéia original da autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais.⁵⁹ Dessa forma, a Constituição deve ser vista como um projeto pretensioso de realização do direito, em que todos os atores afetados (e não apenas o juiz) têm de dar a sua contribuição para a compreensão de como o conteúdo normativo do Estado Democrático de Direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais dadas, de forma a tornar possível que o direito cumpra seu papel de servir de *medium* de integração entre os diferentes sistemas sociais da complexa sociedade moderna.

Cabe ressaltar, porém, que tanto Dworkin e Cappelletti, como Habermas, reconhecem no Poder Judiciário uma instituição estratégica nas democracias

57 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia* – Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 276.

58 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia* – Entre facticidade e validade, cit., v. II, p. 276.

59 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia* – Entre facticidade e validade, cit., v. II, p. 129.

contemporâneas. Assim, ainda concordando com algumas das críticas apresentadas por Habermas, acreditamos que a ampliação do Poder Judiciário pode trazer saudável contribuição para a distribuição de poderes e, até mesmo, para maior mobilização da sociedade civil, uma vez que temos um amplo leque de ações coletivas que podem ser utilizadas nas suas reivindicações.

Não pretendemos aqui propor a fórmula mágica para a solução de todos os problemas da sociedade. O alargamento da competência do Judiciário não significa isso. Acreditamos, sim, no Judiciário como um importante espaço de reivindicação e debate, porém, certas conquistas não serão feitas pelo simples fato de serem levadas às Cortes, pois têm seu lugar nas ruas, na pressão popular e não na tutela paternalística dos “sábios”.⁶⁰

6 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos fundamentais e conflito entre poderes*. In: _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999,

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1991.

60 AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e conflito entre poderes*. In: _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CAPPELLETI. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, 1997.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, jan./jun. 1997.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENTERRIA, Garcia de e FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do direito público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, jan./jun. 1997.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade – A tese kelseniana da interpretação autêntica. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. I, 1997.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. VI, 1946.

VIANNA, Luiz Werneck e outros. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.