

## INTERESSE PÚBLICO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: improbidade administrativa pela violação do princípio democrático

*Cristian Ricardo Wittmann<sup>1</sup>  
Leonardo Sagrillo Santiago<sup>2</sup>*

**RESUMO:** O presente trabalho busca verificar a compatibilidade da teoria sobre a resposta correta no âmbito do Direito Administrativo brasileiro e a responsabilidade do agente quando do seu descumprimento. 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 na discussão de considerar que a procedimentalização dos atos administrativos e a consensualidade administrativa como um requisito do Estado Democrático de Direito. Há, por fim, a necessidade crescente de limitar o poder do soberano, no caso o gestor público quanto a sua pretensa discricionariedade e o solipsismo, buscando na própria Lei 8.429 e princípios constitucionais, uma forma de responsabilizar e delimitar essa atuação.

**Palavras-chave:** discricionariedade; improbidade administrativa; interesse público; Ronald Dworkin.

**ABSTRACT:** This study aims to verify the compatibility of the theory on the right answer within the Brazilian Administrative Law and the responsibility of the agent when the noncompliance. The research problem relates to 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 should works in accordance within the constitutional provision. To do so we 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 function. With the analysis of the assumptions of the theory of the right answer comes up in the discussion to consider the proceduralizing of administrative acts and administrative consensuality as a requirement of the Rule of Law. There is, finally, the growing need to limit the sovereign power, if the public officer as his alleged discretion and solipsism, seeking the Law 8429 itself and constitutional principles, a way to empower and delimit this action.

---

<sup>1</sup>Professor da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), Campus Santana do Livramento. Advogado. Doutorando em Direito pela Unisinos. Mestre e Bacharel em Direito pela UNISC. Advogado. E-mail: cristianwittmann@gmail.com

<sup>2</sup>Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduado em Ciência Criminais pela Faculdade Anhanguera - UNIDERP. Bacharel em Direito pela UNIFRA. Advogado. E-mail: leo\_santiago@hotmail.com

**Keywords:** discretion; administrative misconduct, public interest, Ronald Dworkin.

## Introdução

Envolto nas discussões contemporâneas de consensualidade, limitações da atividade discricionária é que se busca, a partir deste ensaio, refletir sob os aspectos constitucionais e, portanto, democráticos da atividade administrativa brasileira. Enquanto problemática a ser enfrentada optou-se pelo seguinte questionamento: existe a possibilidade de prática de improbidade administrativa ao violar o princípio democrático na definição do interesse público por parte da administração pública? 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 para a definição do interesse público.

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. Por conta da incompatibilidade de tais decisões com esse filtro gera a discussão sobre a possibilidade de aplicação da penalidade de improbidade administrativa, sanção esta prevista na Lei 8.429 de 1992, ao gestor público.

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 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.

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. 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.

## **1ORDEM DEMOCRÁTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A QUESTÃO DO INTERESSE PÚBLICO**

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. 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."

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).

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 na 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. 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).

Mesmo após vinte e cinco anos da promulgação da Magna Carta de 1988, ainda é necessário desvelar determinadas obviedades. A mais importante trata de 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 *democrática* tem a contribuir na gestão pública que historicamente pauta sua atuação por meio de *atos administrativos* enquanto "prescrições unilaterais" (GASPARINI, 2011, p. 112).

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. 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 – Executivo, Legislativo e Judiciário – instituídos.

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 o sistema de controle atual contempla a esfera administrativa, política, social, e ao final 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.

Outro tema relevante nessa esfera 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 histórica 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 *sensu 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). A discricionariedade administrativa, aos moldes do tão combatido irmão judicial, agora também alcança os conceitos jurídicos indeterminados (ALEXANDRINO & PAULO, 2008, p. 223), os famosos *casos difíceis*.

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 irredutíveis 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.

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. 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".

**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.** (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.

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. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE PÚBLICO: uma relação umbilical**

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, rediscutir 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

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

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), todos relacionados com algum grau de incompatibilidade com a ordem constitucional. Embora o autor limite suas reflexões no âmbito da discricionariedade judicial, percebe-se conforme dito que os mesmos pressupostos 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.

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. 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 (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). O contexto deste ensaio nos leva a inferir a existência – embora hipotética – do “Gestor Hércules”.

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 decisoriais do gestor público que,

embora detenha determinadas prerrogativas de *mérito administrativo*, o decidir não parte de qualquer grau autônomo de sentido.

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.

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). 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. 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. Restringe-se assim o ato de escolha que não pode desconsiderar o conteúdo principiológico da Constituição. Embora o ato administrativo possa escapar do controle de legalidade, ainda permanece com a necessidade de compatibilidade com o texto constitucional (STRECK, 2011, p. 41).

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*.

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.

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 proposto<sup>3</sup>. 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.

### **3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AO GESTOR “DISCRICIONÁRIO”**

Conforme já anunciado, o objetivo deste artigo é identificar que há uma conduta pública a ser seguida para a definição do mérito administrativo ao mesmo tempo em que, quando do não cumprimento, pode haver a responsabilidade do agente público na esfera de improbidade administrativa. Instituído pela Lei 8429 de 2 de junho de 1992, a Lei de Improbidade Administrativa como é mais conhecida, possui uma peculiaridade que se traduz na complexidade da “[...] integração de institutos de diversa natureza, produzindo um conjunto heterogêneo, dotado de função de defesa dos valores essenciais à gestão administrativa”, tendo este instituto o reconhecimento de que “a improbidade é não apenas administrativa, nem somente penal, mas um instituto administrativo-penal-civil” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1015).

Não somente a discricionariedade e a motivação genérica, que na grande maioria das vezes justificada falaciosamente no conceito de interesse público, mas também a não procedimentalização dos atos administrativos são elementos costumeiramente utilizados para abonar as decisões e atos administrativos carentes de uma finalidade ou até mesmo incompatíveis com o regime-jurídico de Direito Público. Essa prática solipsista, que afasta o interesse coletivo propriamente dito, bem como a possibilidade de alcançar uma resposta correta – conforme à

---

<sup>3</sup> 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)

Constituição – para realizar o interesse público, acaba contrariando as principais características e preceitos jurídicos de um Estado que se anuncia e pretende ser democrático.

Ao pretensamente encontrar no próprio sistema jurídico – inclusive na doutrina – um terreno fértil aos atos construídos em sua própria consciência, e portanto desvinculado de qualquer anseio democrático, o gestor público não encontra dificuldade ao estabelecer em sua gestão peculiaridades decisões autoritárias. Todavia há se salientar que este modo de agir administrativo não foi recepcionado pela Constituição quando em 1988 instituiu um regime democrático ao Estado brasileiro.

A improbidade administrativa, notadamente a partir da Lei nº 8.429, busca regulamentar e prever as sanções “aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.” Este diploma portanto, prevê no artigo 9º os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito. O artigo 10º, por sua vez, cuida dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, sendo que a partir do artigo 11 o legislador busca uma previsão legal que alcance os atos administrativos que atentam contra os princípios da administração. O artigo 11 apresenta-nos com os seguintes termos:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que **viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições**, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. **(grifo nosso)**

Embora a norma, por assim ser, já estabeleça previsões legais para atos que configurem a improbidade administrativa, por outro lado, ainda deixa aberta a possibilidade do gestor, enquanto destinatário de seus comandos ao agir de maneira solipsista e de maneira descompassada com a Constituição Federal, seja alcançado pelo *caput* do artigo quando prevê sanção para a violação aos deveres de

“*honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*” enquanto rol não exaustivo/exclusivo de atos que *atentem contra os princípios da Administração Pública*.

Ocorre que, evidentemente, não é possível – e nem se pretende – construir uma definição legislativa que preveja as inúmeras diferentes hipóteses/possibilidades de improbidades que o gestor pode praticar a partir da discricionariedade que lhe é, ainda, outorgada. Até mesmo para evitar e quebra do regime democrático imposto pela separação dos poderes. Todavia é de se reconhecer o caráter poroso do conceito de improbidade administrativa em reconhecer que a definição da “[...] conduta como improba não é questão de conveniência administrativa, mas de prova quanto aos fatos” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1019).

Atualmente, a dificuldade em aplicar a sanção ao gestor que delinque os princípios da administração pública, isto é, aquele que comete atos estranhos à moralidade, honestidade e, portanto, transgide a Constituição<sup>4</sup>, está no fato da cultura jurídica ainda estar apoiada na definição exata da conduta improba.

Contudo, conforme estipula própria Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, pioneira na aplicação do princípio da legalidade, a obediência deve ser à lei e ao direito. Ensina Di Pietro que.

[...] exige obediência à lei e ao direito (art. 20, §3º), está consagrado o princípio da legalidade no duplo sentido assinalado. Ao falar de obediência à lei, está exigindo conformidade com a lei formal; ao falar em obediência ao direito, está exigindo conformidade não só com a lei formal, mas também com a moral, a ética, o interesse público, enfim, com todos os princípios e valores que decorrem implícita ou explicitamente da Constituição (DI PIETRO, 2011, p.824/825).

Com isso, somado ao fato de que a lei prevê as sanções a desobediência dos princípios que conduzem a administração pública, é possível ter na Lei de Improbidade Administrativa uma forma de se buscar responsabilizações ao gestor que delinque os princípios basilares que lhe são impostos legal e democraticamente. É relevante salientar que o artigo 11 do instituto da improbidade administrativa não disciplina hipóteses de desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade e sim os associa na configuração da improbidade (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1024).

---

<sup>4</sup> A Constituição Federal, notadamente no artigo 37, prevê dentre os principais princípios da Administração Pública, a moralidade administrativa. Nos seguintes termos: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”

Assim, o local intitulado “mérito administrativo” não pode ser um local absolutamente estranho aos preceitos e conceitos democráticos, nem mesmo um terreno fértil aos ranços discricionários encontrando ainda guarida no direito brasileiro. Mais do que isso, ao interesse público não interessa a consciência e nem mesmo as preferências daquele que tem a gestão das coisas públicas, mas sim, a verdadeira supremacia do interesse da coletividade nos ditames do texto constitucional. Embora entenda parte da doutrina que a improbidade administrativa seja aplicável somente em situações dolosas, com intenção, não quer dizer que a conduta culposa não possa ser recriminável por outros institutos. Resta a questão se a não procedimentalização enquanto opção intencional do gestor que decide agir a partir da sua conveniência subjetiva ainda poderia ser culposa.

Dessa maneira, em uma administração pública voltada para os anseios da coletividade que se pretende democrática, deve-se também buscar a responsabilização pelos atos estranhos ao interesse comum, tendo em vista que administrar as questões públicas não é um ato de escolha ou preferência, mas um ato de democracia.

## CONCLUSÃO

A partir da entrada em vigor da Constituição cidadã, promulgada em 1988, observamos uma ruptura com o antigo sistema que fundamentava as decisões e atos dos agentes públicos. Embora a transformação mais evidente tenha ocorrido no âmbito processual, notadamente com a necessidade de fundamentação dos atos judiciais (art. 93, IX, da carta constitucional), necessário se faz anamnese da figura do gestor, enquanto administrador da esfera pública, tal qual assim estipula o art. 37 do mesmo diploma legal.

Partindo de um entendimento democrático do regime constitucional, bem como da essência interpretativa a partir da resposta correta e da coerência e integridade proposta Ronald Dworkin, buscou-se enfrentara incompatibilidade das decisões e atos discricionários, que ainda encontram espaço no denominado “mérito administrativo”, com o Estado de Direito que se propõe quando da sua ação unilateral pelo gestor.

A relevância de enfrentar este tema é inequívoca, pois como se intentou, no interior da Administração Pública ainda resiste agruras de uma época arbitrária, a

margem da constitucionalidade e da legalidade. Tanto é verdade que o direito administrativo caminha lentamente nessa transição democrática, convivendo com as arbitrariedades que, infelizmente, ainda encontram guarida no direito administrativo pátrio.

Após identificar, portanto, a inconstitucionalidade dos atos discricionários, foi possível compreender que a própria Lei de Improbidade Administrativa prevê a possibilidade legal de sancionar os atos arbitrários perpetrados pelo gestor público. O presente trabalho, entretanto, não possui a pretensão de esgotar esta matéria, mas provocar essa discussão acerca da democratização da Administração Pública, por meio dos princípios constitucionais, interesse coletivo e rechaçando de vez os ranços totalitários que recalcitram a legislação brasileira.

A subordinação à Constituição Federal, por fim, não pode ser mista. A adequação e vinculação a ela deve ser buscada e pleiteada em todos os órgãos e poderes que envolvem o Estado, sob pena de fragilização do próprio Estado de Direito e, conseqüentemente, da própria democracia.

## 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.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2009;
- BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)> Acesso em: 20 de abril de 2014;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- 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.