

Administração Pública e o Risco da Arbitrariedade

*Celso Castro*¹

Resumo: O dever de agir da administração de modo adequado. Conduta administrativa legítima e conduta arbitrária. O papel discricionário da lei, não se traduz em arbitrariedade. Discriminação e arbítrio. O combate a arbitrariedade por meio da razoabilidade. Ausência de liberdade na Administração Pública. Um novo conceito de discricionariedade.

Palavras-chave: Administração Pública. Arbitrariedade. Discricionariedade. Razoabilidade.

Abstract: The duty to act in the appropriate manner of administration. Legitimate administrative behavior and arbitrary conduct. The discretionary role of the law, does not translate into arbitrariness. Discrimination and will. The fight arbitrariness by reasonableness. Unfreedom in Public Administration. A new concept of discretion.

Keywords: Public Administration. Arbitrariness. Discretion. Reasonableness.

¹ Professor associado da Universidade Federal da Bahia e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: celsocastro@ufba.br

Introdução

O presente artigo visa enfrentar sob um novo enfoque a legitimação da conduta administrativa, que não pode mais ser resolvida exclusivamente no plano estrito da legalidade.

Quando se pretende o Estado atuante, provedor é necessário que lhe tenha uma atuação além de legal, adequada e propícia, vale dizer eficiente.

Não é possível dizer-se que o bom administrador se resolve simplesmente naquele que cumpre a estática da lei, sem atender à dinâmica dos fatos.

Frequentemente diante da administração são postas questões mais complexas do que simplesmente “seguir a lei”.

Nos nossos trabalhos de pesquisa temos estabelecidos um paralelo entre a legalidade, como segurança e a eficiência como proposta de atendimento aos fins reais da administração.

A eficiência ganha, portanto, vida própria a partir da ideia de função administrativa no chamado “Estado Social” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 83).

Se os recursos são escassos há haver uma lógica que norteie as decisões.

Tornamos públicos, por exemplo, em diversas palestras que o Estado brasileiro não poderia ter realizado a chamada “Copa do mundo”, porque tinham outras prioridades a resolver. Do mesmo modo isso vale para os Jogos Olímpicos.

Queremos demonstrar que isso se dá numa discussão jurídica sem necessitarmos de voos maiores.

A grande tarefa do interprete é entender que administração pública discrimina sim, mas só pode discriminar em bases adequadas, como se verá ao longo do artigo.

Ao final de contas a razoabilidade da conduta não é um conceito de natureza estética, mas um parâmetro de garantia do próprio Estado de direito.

O artigo é apenas uma pista desse debate rico.

Da arbitrariedade na administração pública

Tomaremos, como arbitrária, a ação administrativa não lastreada em uma causa racional e eficiente à sua adoção.

Nesse sentido, a expressão é colhida, também, como gênero do qual são espécies todos os desvios de conduta – daí o porquê da primazia da abordagem que se concede agora.

A arbitrariedade, como um vírus que destrói o organismo social, aloja-se, de forma quase sempre disfarçada, em atitudes ou ações revestidas de um grau de aparente credibilidade.

Pretende-se demonstrar que determinadas categorias aceitas como suporte de uma doutrina geral do direito administrativo não estão imunizadas contra a inoculação arbitrária, revelando-se, muito ao contrário, como terreno propício a sua disseminação.

Da Razoabilidade

Abandonemos os fetichismos, para compreendermos, com mais facilidade, que, em torno da matéria, o cerne da questão está em que a solução jurídica busca a **razoabilidade**, como critério de interpretação, excludente da arbitrariedade.

A conduta administrativa será arbitrária se não vier atrelada a um traço de razoabilidade cuja presença é o aval absoluto e indispensável de sua legitimidade.

É o que desejamos estabelecer, para maior alcance do conceito da arbitrariedade, o contra ponto com a razoabilidade de tal sorte que a presença de uma exclua a da outra.

O enfrentamento de tal postura reclama um estudo da natureza do direito, de ordem a encontrá-lo como ciência dedicada ao comportamento humano, do que resultante, necessariamente, da sensibilidade aos valores que são intrínsecos ao alvo de enfoque.

Efetivamente, nas ciências ideais, como nas naturais, a perspectiva da valoração, não contribui absolutamente para a riqueza do conhecimento

distintamente do saber da cultura, cuja compreensão passa necessariamente por esse patamar.

Se alguém tece considerações estéticas sobre a figura geométrica, considerando, o círculo como símbolo da perfeição, em nada acresce a descoberta matemática das propriedades que tal figura guarda.

Na mesma trilha, é irrelevante, do ponto de vista do naturalista, que se projete conceito de formosura sobre certo animal ou de horripilância em relação a outro, porquanto, efetivamente, a tal segmento específico só importarão classificações de ordem biológica, tais como, a filiação a uma determinada espécie, a certo gênero ou mesmo a um dos três reinos.

Com a cultura na qual se insere a massa de modelagem do jurista, passa-se fenômeno inteiramente diferente.

Nenhum hermeneuta do direito conseguirá realizar a subsunção da norma à conduta, se não fotografar os valores que circundam o trajeto interligatório entre o fato e a norma em questão.

Daí, para conceituar um procedimento como furto, o operador jurídico verificará que, na comunidade onde se desenvolve a incriminação de tal prática, considera-se **reprovável** a subtração da coisa alheia móvel.

Esse conceito de reprovabilidade não é absolutamente o do agente, mas aquele inerente aos valores societários imantados.

Não fosse isso, poderíamos ter posturas inteiramente díspares, como a de um juiz, supostamente marxista extremado, que considerasse toda propriedade como algo de coletivo, não vendo mal algum em que se tomasse para uso coisa que necessariamente não seria privada, mas destinada ao desfrute comum de todos.

Esse hipotético juiz absolveria o acusado de tal conduta.

Ao revés, um julgador, devoto rigoroso do capitalismo, veria na agressão à propriedade individual o mais hediondo dos crimes, aconselhando-se a impor a pena capital ao transgressor desse ícone sagrado.

Devemos convir, em qualquer circunstância, que, independentemente do perfil ideológico, enquanto juízes, um e outro, em uma comunidade como a nossa, não podem desconsiderar a ilicitude da conduta como por igual e não lhes cabe o exarcebamento da pena além do marco legal.

Com esse raciocínio, quer-se demonstrar que a tarefa no Direito não é a de projetar valores sobre determinado objeto, mas encontrar aqueles que lhe são próprios.

Nessa linha de exposição, veremos que o administrador e o juiz não são absolutamente sujeitos de vontade, mas intérpretes sensíveis de matizes sociais impregnados na vigência societária com a força da juridicidade.

Vai daí que não se pode conceder uma liberdade ontológica de escolha da administração na prática de determinados atos, mas antes só se lhe pode admitir o dever de interpretar, coerentemente, o que recomendam as instâncias normativas – essa premissa é tão válida nas condutas vinculadas quanto nas discricionárias.

Se a norma condominial proibir que se criem animais de quaisquer espécies em unidades residenciais, agirá desarrazoadamente o síndico do edifício que proíba a manutenção de um simples aquário, embora a regra repressora seja de caráter fechado.

Do mesmo modo, não terá fundo de razoabilidade a construção de uma escola de primeiro grau em uma área onde comprovadamente inexistir demanda escolar, malgrado se possa entender que a previsão de edificação de prédios escolares ensejaria conduta discricionária.

Não deve causar espanto a ideia de que administrador e juiz estejam convocados permanentemente a fixar procedimentos discriminatórios, porque esse é exatamente o papel da norma. Fundamental é discutir-se a razoabilidade ou não do ato de discriminação, isto é, o seu assentamento em bases legítimas.

Essa ideia vem claramente exposta por Moris Forkosch, Professor de Direito Constitucional da Brooklyn Law School:

The right to legislate implies the right to classify... From the very necessities of society, legislation of a special character, having these (police power) objects in view, must often be had in certain districts... Special burdens are often necessary for general benefits... In other words, general legislation which applies to all persons (or property), and gives or takes equally from all, is

contrasted with special legislation which applies to less than all, and gives or takes special burdens to or from this special group (FORKOSCH apud CASTRO, 1989, p. 156).

Percebe-se, então, que o antídoto contra a arbitrariedade é exatamente a razoabilidade na decisão, seja ela administrativa ou judicial.

No sistema norte americano, a ideia da razoabilidade tem fincado marcas na busca de um critério que, embora aplicado a uma situação, seja por igual estampado em situações análogas.

Devemos à jurisprudência norte-americana a construção da categoria doutrinária das chamadas classificações suspeitas, que são aquelas que não derivam de uma base lógica, mas antes emergem de fatores absolutamente aleatórios ou incontrolláveis.

Nessa linha, estariam os discriminativos relacionados a sexo, credo, cor e outros tantos. A nítida repercussão pragmática desse arcabouço reside em inverter-se a presunção de constitucionalidade do ato legislativo.

Classificações suspeitas, como se passou a denominar um mecanismo discriminatório espúrio, envolveriam a resultância de um efeito a partir de uma causa absolutamente não aceitável.

O que importa é saber que a arbitrariedade emerge não do processo distintivo em si mesmo, mas do critério inaceitável da distinção.

A Corte Constitucional Italiana tem buscado estabelecer um critério de racionalidade de modo a admitir ou não as discriminações legislativas ante o princípio formal da igualdade de todos perante a lei (DI RUFFIA, 1984, p. 719).

San Tiago Dantas a respeito da razoabilidade das classificações legislativas oferece-nos um exemplo, segundo o qual seria aceitável dispensar-se de um determinado exame um cientista de notório saber em uma área específica, ao mesmo tempo em que se teria por inadmissível dispensá-lo do pagamento de impostos por esse mesmo motivo. Na primeira situação uma discriminação razoável, na última um procedimento arbitrário.²

² “A lei que isentasse de concurso o premiado com a mais alta distinção científica seria aceita pela consciência geral como lei justa; se, porém, dispensasse esses mesmos premiados de pagarem o imposto de renda ou, ainda mais, se lhes retirasse o direito de voto, sente-se que a provisão seria

Há que se estabelecer, portanto, um divisor de águas, a partir do qual se estabeleça que um ato administrativo (ou legislativo) é arbitrário pelo atrelamento desarrazoado de causas inadmissíveis a consequências inaceitáveis. Em contrapartida, é razoável quando se suporta em uma premissa eficiente que instigará um efeito adequado.

Veja-se, no particular, interessante aresto em que se considerou arbitrária a exigência de uso de uniforme por servidor público, quando tal fardamento em nada aproveitava ao desenvolver das atividades. A Corte julgou desarrazoada a pretensão do ente administrativo.³

Por um Critério de Razoabilidade Excludente da Arbitrariedade

Afinal, o que deve ser considerado razoável e o que deve ser tido por arbitrário na administração pública?

Um recurso à psicologia existencial nos leva, necessariamente, a convir que a estabilização das relações humanas repousa em laços básicos de confiança em condutas de futuridade a partir de um histórico anterior.

A literatura nacional tem tratado do tema mostrando o quanto amiúde, o razoável tem sido trabalhado como mera regra de bom senso, em caráter intuitivo, o que a rigor não permite chegar a um porto seguro, porque torna o razoável dependente do sujeito e não da situação (BRAGA, 2008, p. 167).

Em outros momentos chega-se afirmar que a razoabilidade ganha campo, sobretudo no terreno lacunoso da ausência da norma (OLIVEIRA, 2006, p. 257).

Vamos construir uma proposta algo diversificada do pensamento mais corrente sobre o tema.

A experiência antecedente é sempre o grande conselheiro no que tange à previsibilidade do acontecimento futuro, e a nossa linha de ação acomoda-se quando as coisas acontecem dentro desse grau de previsível apoiado na nossa vivência histórica.

arbitrária, e indaga-se se o Poder Judiciário pode recusar-lhe aplicação por motivo constitucional” (DANTAS, 1953, p. 56).

³ “Administrativo. Servidor civil. Obrigatoriedade do uso de uniforme. A obrigatoriedade do uso de uniforme sem qualquer vinculação com a operacionalidade da função exercida ou qualquer relação de razoabilidade com o interesse público ou funcional é exigência descabida e arbitrária que vicia o ato por ausência de legitimidade” (TRF1, 2ª T., Juiz Jirair Meguerian, DJ10.04.91, p. 24460).

Tem-se dito, sem contestação, que o conhecimento do passado é a melhor forma de enfrentamento do futuro, porque há sempre a ideia de um movimento cíclico na existência que reproduz os fatos já acontecidos.

Não é por nada que a visão hegeliana da tese, antítese e síntese, ganhou tanto prestígio, exatamente pelo significado de que o extrato sintético não é mais do que um desdobramento de processos antecedentes.

Admita-se que uma visão pós-moderna do direito busca reconstruir uma escala em que se contemple a tese, a antítese e a convivência; esta última, como momento de equilíbrio, no qual é possível sustentar-se a sociedade sem aguardar novas verdades, relativizando-se as visões já postas.

De tudo resulta a busca de um binômio confiança/estabilidade, em que o primeiro elemento projeta o segundo.

Embora consideremos sempre arriscado o recurso à metodologia de outras ciências, não fugimos em busca da construção do razoável a um conceito de progressão que revela, exatamente, um encadeamento confortável do espírito lógico.

Se no exercício de progressão matemática simples enuncio 2, 4, 6, 8, nutrimos a segura esperança de que o leitor continue o nosso enunciado inscrevendo os dígitos 10, 12, 14, 16..., sucessivamente.

Se não quebramos essa ordem, não incluímos bruscamente um elemento estranho, (41.p.ex.) processo uma atitude razoável e, portanto, posso dizer que o dígito 12 não foi incluído arbitrariamente.

A sedimentação desses conceitos deverá impedir a sobrevivência maldita do que denominaremos “crônica de uma liberdade mal contada da administração pública”.

A Liberdade na Administração Pública: Um Mito Perigoso

É hora de dizermos algumas palavras sobre o que se tem chamado de liberdade plena, liberdade restrita ou margem de liberdade na administração pública.

Radicalizemos. A administração não tem, nunca, nenhuma liberdade.

O ponto de partida para essa afirmação categórica decorre da avaliação lógica do poder.

O seu caráter instrumental emerge da circunstância já afirmada que toda potestade reduz a carga de liberdade, valor primacial no ordenamento jurídico, porque diz com a sua própria carga de existência.

Não há direito, se não há liberdade, na medida em que a perspectiva da licitude ou da ilicitude supõe uma relação contingencial e não necessária.

Não é possível, por óbvio, juridicizar a conduta dos animais que percorrem um mesmo traçado, nem a dos vegetais que desenvolvem-se no ciclo repetitivo ao longo da história.

Só o homem é ator e sujeito do Direito, porque pode ser livre; daí a liberdade ser a essência da energia jurígena.

É inequívoco então reconhecer-se que a administração pública ao estabelecer parâmetros e limites, para garantir a liberdade de uns, cerceia a de outros.

Nesse ato constritor da liberdade a que denominamos poder, que se aparelha para o cumprimento do dever administrativo, não pode haver liberdade de nenhuma espécie e em sentido próprio.

Ninguém tem a liberdade de tirar a liberdade alheia. Por essa norma, qualquer flanco que induza a liberdade na administração envolveria um caráter opressor.

Se tiver alguém a liberdade de interditar uma rua quando deseje e se a interdito, baseado pura e simplesmente nessa liberdade, não faço outra coisa senão oprimir os seus moradores e desgarrar-me do papel de administrador.

Afinal, ad-ministrar significa ministrar para alguém e em proveito de alguém. Em contrapartida, a liberdade se exercita em proveito próprio e pessoal.

Se essas colocações epistemológicas não bastassem, valeria recorrer ao argumento de que ao se admitir alguma liberdade na administração, nenhum recurso seria permitido em relação aos atos do administrador, porque a liberdade que exercito é irreversível por terceiros.

A conclusão, é portanto, óbvia. A exercitação dos poderes administrativos não tem qualquer grão de liberdade a tal ponto que o

administrador possa, mas não deva, porque se tiver possibilidade é porque terá o dever de realizar.

Descarte-se, em direito administrativo, a faculdade que não seja prestação, para se prestigiar a doutrina italiana que ensina encontrar-se o administrador público em pleno estado de *doverosità*.

De tudo se infere que liberdade na administração é, desenganadamente e em qualquer porção, arbitrariedade.

Enfrentemos, agora, a questão das condutas vinculadas e das discricionárias com o objetivo de demonstrar uma certa manipulação conceitual nesses segmentos, capaz de permitir a prática do arbítrio.

Atos discricionários e atos vinculados, eis uma dicotomia tão ao gosto da doutrina tradicional que nos desafia a dissecá-la, para evitar os descaminhos que estamos a perseguir.

Em sede vinculada, o modelo a ser seguido encontra-se pré-ajustado e delineado na própria lei, de modo que a racionalidade do ato administrativo decorreria do seu exato cumprimento, enquanto que o arbítrio emergiria do seu desvio.

Logo, se o contribuinte do imposto sobre a renda tem um determinado ganho, submeter-se-á ao pagamento de um valor, segundo uma alíquota pré-fixada, sem que se cogite de qualquer alternativa.

Do mesmo modo, aquele aprovado em primeiro lugar em concurso público deve ser chamado com preferência sobre os demais, única postura juridicamente admissível.

Diz-se que é fácil perceber quando o procedimento foi legítimo ou, ao revés arbitrário, desafiando nesse caso os corretivos judiciais sem causar maior polêmica.

Toda a dificuldade, contudo, exhibir-se-ia no momento em que a preceituação normativa não comportasse uma hipótese fechada, mas, ao contrário, uma situação, hipoteticamente aberta.

É exatamente quando o comportamento não se acha plenamente dirigido e que, portanto, pode se referir a uma ação discricionária, o momento mais vulnerável para inocular-se na ação administrativa o viés da arbitrariedade.

Necessário, pois, redefinir conceitos, aprimorar esquemas lógicos de modo a não permitir a presença de “corpo estranho” por força de uma indefinição epistemológica.

O primeiro passo consiste em estabelecer a real distância, abandonando, sem receio, velhas concepções entre “ato vinculado e ato discricionário”.

Descarte-se de plano a ideia de que pode haver vinculação plena, isto é, prática de ato exatamente idêntico, em sua dimensão, àquele capitulado na norma.

Por mais que o legislador tenha se esforçado para preconizar uma determinada solução, nem sempre será esta realmente possível ante a variável imensa da liberdade humana que comporta uma interpretação jurídica inteiramente diferenciada da exegese normativa *in abstracto*.

Essa convicção resulta de uma melhor teoria do direito que entende que a exata interpretação é da conduta e não da norma.

Tomemos a seguinte situação real:

Deverá o juiz alterar o prenome de uma pessoa, segundo a lei brasileira, quando tal indicativo a exponha ao ridículo, ou ainda quando se verifique erro de grafia no assentamento?

Noticiou a imprensa nacional que determinada brasileira, mantida sob a guarda do serviço de proteção a testemunhas do governo americano, corria perigo de vida ao prestar depoimento contra a máfia daquele país, pretendendo, por isso, transferir-se para o Brasil, naturalmente incógnita, tendo realizado operação de plástica facial, ao tempo em que iria requerer a alteração dos elementos de sua identidade.

À luz dos termos expressos da lei, tal pleito não poderia ser agasalhado, tendo em vista o limitado espaço concedido ao julgador.

Concordarão todos – sem hesitação – que a negativa a tal pretensão importaria em desprestigiar o direito à vida - o de maior grau na escala dos contemplados no ordenamento jurídico.

Contraposta, por esse ângulo, a norma ao fato, a solução jurídica deve-se amoldar à realidade, não se devendo ter por injurídica a conduta do magistrado que dê trânsito ao petitório.

Com esse singelo exemplo, pretende-se mostrar que não há conduta plenamente vinculada, do que são indícios suficientes, a teoria da imprevisão, da inexigibilidade da conduta diversa, da aferição da capacidade contributiva, dentre outras suscetíveis de ensejar a exata qualificação jurídica, diante de um “standard” pré-concebido.

Inúmeras outras situações poderiam ser levantadas em que o aparente cumprimento da lei, na sua concepção abstrata, resultaria em plena agressão à harmonia do ordenamento jurídico.

Considere-se que, por uma questão de legalidade estrita, não é dado a um motorista trafegar em sentido contraindicado em uma determinada artéria. Além do risco natural de vida, praticará uma ilegalidade pré-definida.

A ilegalidade não estará presente, logicamente, se esse condutor estiver a bordo de uma ambulância ou de um carro qualquer, em busca de agilizar trajeto com o fim de conduzir um acidentado a uma casa de saúde.

Nesse caso, o ordenamento jurídico, longe de anatemizar a contramão, descerá sobre ela suas bênçãos, porque naquela circunstância, no encontro de valores, a obediência ao indicativo de tráfego ficou superada em relação à proteção à vida.

Multiplicados poderiam ser os exemplos, a partir dos quais a modelagem legal, por mais inflexível que pareça, cede espaço a uma conduta vivenciada de modo atual, como a mais adequada.

Afinal de contas, *dura lex, sed lex* não passa de um adágio de boa rima, mas de pouca consistência.

Vinculoriedade e discricionariedade são como pretendemos demonstrar, muito mais uma questão de grau, do que de qualidade.

A arbitrariedade, como já vimos, pode residir, quer nos atos vinculados, exatamente, às vezes sob o argumento de se estar cumprindo a literalidade da lei, quanto pode se verificar nas chamadas condutas discricionárias em que o *tatbestand* acha-se potencialmente aberto.

É exatamente, todavia, no campo da discricionariedade que proliferam os atos arbitrários com mais vigor.

Vale, pois, aperfeiçoar-se o conceito da discricionariedade para se evitar, justamente, que nela o arbítrio se aloje.

Discricionariedade Revisitada

O primeiro aspecto que deve chamar a atenção será o da adoção de condutas dirigidas ou herméticas que gerariam atos vinculados e, ao contrário, a existência no texto legal de remissões a condutas não delineadas ou a escolhas múltiplas e compatíveis.

Não é de se supor, como bem percebe Celso Antônio Bandeira de Mello (1992, p. 32), que o legislador tenha revelado extrema preocupação com a conduta adequada em certas situações, de tal modo a prever a ocorrência de fatos com seus exatos desdobramentos e, por outra parte tenha, mostrado inteira indiferença pela solução que lhe venha a dar o administrador.

Não parece admissível que o fato de tornar a licença para construir em ato vinculado, isto é, ensejando de antemão ao administrado cotejar a sua possibilidade, sem margem de esquivas para a administração, traduza-se numa preocupação de resultado pela instância legislativa, enquanto que, ao exigir autorização para criação de uma escola, dependente da análise de fatores circunstanciais não pré-estipulados, sintonize com um desinteresse pelo desfecho.

Seria inteiramente vesga a ótica que estabelecesse a distinção entre atos vinculados e discricionários, conferindo aos primeiros alta importância, enquanto aos últimos baixa significação.

O lógico e intuitivo é concluir-se que o legislador imagina sempre a conduta ideal, traçando parâmetros ora mais fechados, ora mais abertos relativamente aos supostos fáticos dos efeitos jurídicos derivados.

O certo é que, em qualquer circunstância, a exata solução jurídica só se plenifica com a impactação do fato à norma hipotética, produzindo-se, então, o direito.

É falso, além de malicioso, o mito de que a discricionariedade resultaria no propósito de conceder-se liberdade de ação para o administrador, negada nos atos vinculados.

Ao permitir-se, como ocorre, o manejo flexível do orçamento pelo Executivo, não se pode imaginar que os gastos na administração pública não mereçam um controle mais acurado.

O fenômeno é simplesmente o de que o aprisionamento da despesa poderia gerar, segundo as circunstâncias, resultados indesejados, decorrentes de um planejamento rígido que não se tornasse adaptável aos eventos factuais.

Ainda que a administração pública possa dispor de verbas para investir em segurança, age, ilegalmente, o administrador que faça construir um presídio feminino com alojamentos substancialmente superiores ao contingente previsível de infratoras a serem abrigadas.

Outra conclusão não resta senão a de que a busca da otimização do resultado é que leva, em um determinado momento, a preestabelecê-lo com traços mais nítidos e, em outros, a fixá-lo “a posteriori”, assegurando uma interação mais rica. Disso deflui a absoluta inexatidão no sentido de que a discricionariedade se reflita, ontologicamente, em uma margem de escolha.

Demonstrar-se-á, a seguir, que essa suposta margem é absolutamente inócua, quando a largueza das hipóteses, na concepção abstrata da norma, reduz a solução concreta a uma postura única.

Nos moldes da Constituição Brasileira, o ensino é livre à iniciativa privada e sujeito a autorização e sistemas de avaliação e de controle de qualidade por parte do Estado.

Em outros países, como na Espanha, (Constituição, art. 27) regras semelhantes estão postas.

Dir-se-á que, nesses modelos políticos, conferiu-se discricionariedade na outorga necessária ao funcionamento de estabelecimentos escolares.

A primeira tentativa é a de se afirmar que, nesse caso, confere-se liberdade ao Estado na avaliação necessária à autorização de criação de uma escola.

Agora, suponhamos que um empreendedor voltado com a preocupação altruística da qualidade de ensino, apresente entre nós um projeto acadêmico para uma Faculdade de Direito, com professores, todos eles portadores do grau de doutor, com as mais modernas instalações, os mais sofisticados equipamentos, turmas reduzidas e tudo mais quanto se pudesse imaginar em termos de excelência.

Submetido tal projeto aos órgãos competentes, caberia perguntar se estaria eventualmente aberto à negativa de autorização.

A resposta será necessariamente única. É dever do Estado assegurar o funcionamento de tal escola sem quaisquer outras conjecturas, sob pena de completa traição à ideologia da norma.

Com isso, pretende-se fixar a ideia de que, em dados momentos, a decisão converge para um único vetor, não deixando qualquer alternativa ao administrador.

De outro modo, teríamos que admitir que o legislador deixou de ser uma instância valorativa da sociedade para transmiti-la ao administrador.

Tomemos outro paradigma que nos diz bem de perto do exercício da tarefa docente na Universidade: Com o propósito de se estabelecer um ordenamento no processo de verificação de aprendizado dos alunos fixou-se a realização de exames periódicos em datas unificadas para todos os discentes.

Acudiu, em boa hora, à Instância Universitária a previsibilidade de que algum aluno não pudesse comparecer em determinada ocasião ao exame designado.

Fixou-se, então, uma Resolução pela qual o estudante seria admitido a realizar a prova em segunda chamada em caso de doença comprovada pelo serviço médico da instituição ou **por motivo relevante a critério do professor**.

Vê-se, aí, que a norma criou dois pressupostos, um deles de caráter vinculado e um outro de natureza discricionária.

Quanto ao primeiro, não há dúvida de que o interessado enfermo, comprovando, por atestado, tal circunstância, fará a prova.

Em caso contrário, tudo dependeria do critério do mestre.

Agora, imagine-se que o seu discípulo dirija-lhe explicação na qual demonstre que não pôde acorrer ao teste, porque, quando se dirigia ao estabelecimento escolar, foi compelido a dar socorro a um acidentado, levando-o a um hospital, de tal sorte que só se desvencilhou de tal missão a desoras.

Não se quer imaginar a possibilidade de que um lente venha a negar uma segunda chance, escudado na premissa de que tudo dependeria de um seu critério e, como tal, produto de uma vontade.

Soa evidente que uma negativa de tal ordem seria despropositada e ao que nos interessa, flagrantemente ofensiva ao ordenamento jurídico.

A expressão **critério**, nesse caso, não deixou margem a que a única conduta possível fosse à admissão da segunda chamada.

Há de se admitir, por esse raciocínio, que a ação do administrador envolve uma interpretação única e razoável, para além da qual remanescerá o puro arbítrio.

Em especialíssimas circunstâncias, pode-se imaginar a impossibilidade existencial de vir o Judiciário a detectar, dentre as possibilidades em jogo, qual delas realiza com mais precisão o desígnio normativo em um dado momento.

Continuar-se-á negando a possibilidade de escolhas múltiplas, muito embora, nesse caso, por mera insuficiência instrumental, não seja dado ao Judiciário substituir o administrador sem a segurança de estar a realizar um juízo corretivo.

Tão somente nesses casos é que o Poder Judiciário não anulará a ação tomada, sem que isso signifique a sua impossibilidade de adentrar ao exame amplo e profundo da deliberação acolhida, exatamente para concluir pela existência de mais de uma opção não descartável, segundo uma ótica aguçada, como adequada à situação.

Cumpra acrescentar que as posições de vanguarda têm admitido o controle judicial, mesmo nas ações administrativas mais delicadas, quais sejam aquelas que, além de envolverem uma diagnose, também concentram um alto grau de prognose, como se dá no chamado “exercício do planejamento”.

No direito alemão, proliferam as situações de controle judicial em hipóteses, dessa ordem, como a de verificação de necessidade de construção de escolas, de edificação de pistas rodoviárias, de interferência no sistema de trânsito.

À guisa de exemplo, Antonio Francisco de Souza (1994, p. 154-155) nos traz o seguinte e valioso depoimento:

[...] os tribunais administrativos alemães têm exercido o seu controle, por exemplo, nos seguintes casos: Verificação ou não da necessidade de construção de uma escola; necessidade de descongestionamento do trânsito de uma estrada; fixação de um limite de velocidade; determinação do número necessário de partidas paralelas aos caminhos-de-ferro para o descongestionamento do trânsito; alteração de sentido de uma estrada; orientação e gestão de uma estrada; construção de uma pista para aviões; construção de um cruzamento, de uma passagem subterrânea ou de uma ponte; características técnicas de uma estrada; escolha do troço de uma estrada.

É evidente que, nessas circunstâncias, a mensuração do ato administrativo dá-se dentro de determinados limites, com o fim de se afastar a arbitrariedade.

Nesse sentido, os tribunais investigam se a causa da escolha é eficiente, se os métodos de avaliação foram rigorosos, se é sustentável a valoração dos interesses individuais frente aos interesses públicos, se é proporcional o equilíbrio entre os interesses em causa, se existiu ou não um juízo de ponderabilidade.

Obviamente, o auxílio de dados estatísticos, de cálculos probabilísticos, de estudos socioeconômicos são fundamentais ao preenchimento da ideia de sustentabilidade jurídica da decisão tomada.

Essa postura é colocada de antemão para verificarmos o quanto se acha perdida no tempo a concepção de controle administrativo, ainda vigente em muitos sistemas, dentre os quais se inclui o brasileiro que, por vezes frequentes, estabelece a insindicabilidade plena, quando não resvala para a ideia da discricionariedade técnica, isso tudo sem falar no apelo aos conceitos indeterminados

Conclusão

A proposta é discutir-se parâmetros novos que possam nortear a discricionariedade na administração sem convertê-la em arbítrio.

Ao final de contas todo poder é apenas e tão somente um instrumento de cumprimento do dever.

O atuar da administração desenvolve-se numa teia processual complexa onde a ponderação das ações é fundamental para evitar-se o arbítrio.

A cidadania somente se conquista quando o Estado é parceiro e não adversário.

Referências

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BRAGA, Valeshka e Silva. *Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a Lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. In: _____. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SOUZA, António Francisco de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

Recebido em julho de 2016.
Aprovado em agosto de 2016.