XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Mateus Eduardo S. N. Bertoncini; Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-586-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito promoveu em Salvador, nos dias 13 a 15 de junho de 2018, o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, congresso inspirado no tema "Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural. Novamente, professores, pesquisadores e estudantes brasileiros e estrangeiros, reunidos em 63 grupos de trabalho na tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, protagonizaram mais um evento da pós-graduação em Direito de grande sucesso científico e humano, ambientado na histórica, culturalmente diversa, luminosa e acolhedora cidade de Salvador, capital do Estado da Bahia.

Os participantes do GT 51, de Direito Administrativo e Gestão Pública, coordenado pelos professores doutores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (UNICURITIBA) e Sérgio Urquhart de Cademartori (UNILASALLE), assistiram as apresentações de 12 trabalhos científicos, seguidas de amplo e democrático debate, com a participação de todos os presentes, numa ambiência demarcada pela dialeticidade e harmonia, que só fez crescer e aprofundar as reflexões sobre os artigos previamente aprovados ao menos por dois avaliadores doutores do CONPEDI, frutos de pesquisas desenvolvidas em diversos programas de mestrado e doutorado em Direito no Brasil.

A relação de textos apresentados e respectivos autores é a seguinte: (1) "Legalidade, discricionariedade e boa-fé: a revisão de insalubridade do executivo federal", de Anália Tâmara Câmara Santos Lemos e Fabiano André de Souza Mendonça; (2) "Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para temporários e comissionados: dever da Administração Pública ou descumprimento da Constituição Federal?", de Renata Pinto Coelho Vello; (3) "Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional: existe de fato uma liberdade decisória do gestor público insindicável pela tutela jurisdicional?", de Kate de Oliveira Moura Surini e Leonardo Medeiros Junior; (4) "Espaço de atuação discricionária reduzido nos atos de nomeação para cargos oriundos de concurso público", de Raiano Tavares de Oliveira; (5) "Responsabilização do Estado em razão dos atos praticados por multidões", de Fernanda Resende Severino e Bruno Martins Teixeira; (6) "A Teoria Neoinstitucionalista do processo e o controle processual da discricionariedade administrativa: conjecturas e proposições", de Marcos Paulo Andrade Bianchini; (7) "Administração Pública, jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo: a construção normativa do STF na Súmula Vinculante n. 13 e a salvaguarda dos princípios da moralidade e impessoalidade

administrativa", de Vinicius Filipin; (8) "O direito de regresso na responsabilidade civil extracontratual do estado", de Ana Paula Marques de Souza e Ana Paula Pimentel Araújo; (9) "A responsabilização empresarial na Lei Anticorrupção à luz do princípio do non bis in idem", de Eduardo Martins de Lima e Flávia Cristina Mendonça Faria Da Pieve; (10) "As relações entre Estado e empresas no Brasil na perspectiva do regime jurídico de licitações: burocracia e formalismo no interesse da atividade empresarial", de Francisco Cardozo Oliveira e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini; (11) "Repercussões da reforma do Poder Judiciário sobre a Administração Pública federal", de Diogo Lopes Cavalcante e Higor Oliveira Fagundes; e (12) "Mediação na Administração Pública municipal: aplicação da Lei 13.140/2015 às municipalidades", de Giovani da Silva Corralo e Danubia Desordi.

Discricionariedade, agentes públicos, improbidade administrativa, concurso público, responsabilidade do Estado, controle, nepotismo, Lei Anticorrupção, princípios da Administração Pública, licitações, relações público-privadas firmadas pelo Estado e mediação na Administração Pública foram os temas sensíveis discutidos no Grupo de Trabalho, a indicar a permanente transformação do Direito Administrativo brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, disciplina jurídica que não mais se satisfaz com verificações puramente normativas, mas que se revela em toda a sua complexidade também a partir de análises filosóficas, sociológicas, antropológicas, pragmáticas, dialéticas, sistêmicas e críticas, conforme o leitor denotará apreciando os trabalhos apresentados, em mais esta autorizada publicação do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Boa leitura a todos!

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO E O CONTROLE PROCESSUAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: CONJECTURAS E PROPOSIÇÕES

THE NEO-INSTITUTIONALIST THEORY OF THE PROCESS AND THE PROCEDURAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE DISCRETION: CONJECTURES AND PROPOSITIONS

Marcos Paulo Andrade Bianchini [1]

Resumo

O trabalho apreendeu os conceitos propostos pela Teoria Neoinstitucionalista do processo e a possibilidade de aplicação do processo em procedimentos para produção de atos administrativos discricionários dotados de legitimidade tanto a priori (por meio de procedimentos processualizados) como também a posteriori por meio do controle judicial, tendo a jurisdição como instrumento do processo. Teve-se como vertente metodológica a natureza compreensivo-analítica da pesquisa teórica, pois buscou-se reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Discricionariedade, Teoria neoinstitucionalista do processo, Controle, Administração pública, Legitimidade

Abstract/Resumen/Résumé

The work seized the concepts proposed by the Neo-institutionalist theory of the process and the possibility of application of the process in procedures for the production of discretionary administrative acts endowed with legitimacy both a priori (through procedural procedures) and also a posteriori through judicial control, having jurisdiction as an instrument of the process. The analytical-analytical nature of theoretical research was taken as a methodological one, since it was sought to reconstruct the analyzed data from the perspective of the Democratic State of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretionary, Neo-institutionalist theory of the process, Control, Public administration, Legitimacy

[1] Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC em Belo Horizonte / MG. Especialista em Direito penal e pós graduando em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio / SP. Advogado militante.

INTRODUÇÃO

A pesquisa se propôs a pesquisar a possibilidade do exercício do controle processual da discricionariedade administrativa, controle esse que não se estagna exclusivamente na via jurisdicional, concebendo que o processo não é instrumento da jurisdição, mas sim uma instituição constitucionalizada que tem por fim conferir legitimidade aos provimentos no paradigma do Estado Democrático de Direito, seja nas atividades do Legislativo, Executivo ou Judiciário.

O que se pretende, portanto, é aprofundar e tratar de forma crítico-reflexiva o exercício da discricionariedade quando manejados pela Administração Pública, por meio da teoria Neoinstitucionalista do processo como proposição de teoria democrática apta para prestar legitimidade a atividade administrativa nesse mister.

Com isso, busca-se superar os resquícios de autoritarismo do administrador na atividade de exercer a discricionariedade administrativa e imunizar a decisão jurídica sob o apelo de impossibilidade do controle jurisdicional.

Assim, o que se pretende é a superação da discussão de possibilidade ou não de controle judicial da discricionariedade. As conjecturas desaguam na possibilidade ou não do controle processual da discricionariedade administrativa que. A Juridicidade aspira uma teoria da decisão que possibilite a abertura da interpretação a todos os afetados, tanto na seara administrativa quanto judicial.

Por isso, a pesquisa procura responder a seguinte pergunta: a aplicação da teoria Neoinstitucionalista do processo, como forma de controle processual da discricionariedade administrativa, permite a abertura da interpretação para que a decisão seja integrada pela comunidade jurídica legitimada (povo), e pode conferir legitimidade aos atos discricionários da Administração Pública?

A hipótese de que parte a pesquisa é que o processo e seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia), segundo a teoria Neoinstitucionalista do processo, oportuniza a participação do cidadão na formação da decisão dos atos discricionários. Se esta abertura não for oportunizada pela Administração por procedimentos processualizados, o cidadão pode buscar a correção da decisão na jurisdição.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar que o controle processual da discricionariedade administrativa possibilita a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada (cidadãos) por meio do processo, isso para além da decisão que deriva da

consciência solitária do decisor, o que oportunizará decisões jurídicas legítimas e democráticas.

Teve-se como objetivos específicos: a compreensão da construção e a desconstrução do princípio da legalidade no Estado Liberal e a Juridicidade no Estado Democrático de Direito; verificou a identidade entre a discricionariedade administrativa e a vinculação; estudou a teoria Neoinstitucionalista do processo de tal forma a conjecturar a viabilidade da sua aplicação no exercício da discricionariedade administrativa.

A metodologia utilizada tem como dados primários da pesquisa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), a teoria Neoinstitucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal, a legislação, as leis, as resoluções e as demais normas, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores; e são dados secundários da pesquisa as opiniões doutrinárias referentes a hermenêutica filosófica, ao Direito Constitucional e o Direito Administrativo, bem como suas interpretações, e as legislações comentadas. O trabalho tem natureza compreensivo-analítica, pois busca reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

1 Da legalidade estrita do Estado Liberal à Juridicidade no Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito surge na modernidade submisso a um regime de Direito, que no pano de fundo (*background*) das revoluções burguesas, o exercício do poder se manifestaria somente quando autorizado pela ordem jurídica em vigor, e aos indivíduos foram conferidos meios jurisdicionais para corrigir qualquer abuso cometido (CHEVALIER, 2013, p. 14).

Foi no Estado Liberal que houve a superação da visão patrimonialista feudal (homem sujeito-meio) ao considerar o homem como um fim em si mesmo (Kant), destinatário de direitos e centro de todas as instituições e organizações políticas (ROCHA, 2004, p. 72).

O legislativo, enquanto representação da nação, foi destacado na estrutura do Estado, tendo em vista o deslumbramento dos homens ao possibilitar a positivação (leis escritas) de condutas até então afetas às práticas ordinariamente inoculadas (GRACCO, 2016, p. 10).

O Estado Liberal foi composto por um sistema fechado de regras que teria como função estabilizar as expectativas de comportamento e garantir a esfera privada da liberdade

do indivíduo, frente aos seus iguais e, sobretudo, frente ao Estado (FERNANDES, 2012, p. 70).

O liberalismo do Direito impunha ao Estado um comportamento negativo (abstencionista), de não intervenção, limitando assim a ação dos governantes, e visava garantir formalmente direitos fundamentais, em especial, a liberdade, a igualdade (formal/material) e a propriedade (ROCHA, 2004, p. 71).

É na égide do Estado Liberal que surge o princípio da legalidade (normas gerais e abstratas) que garantia uma igualdade formal, com aparência de legitimidade, que nas mãos daqueles que detinham os meios de produção (modo de produção capitalista) eram instrumentos manejados para extrair o maior proveito das relações sociais com o objetivo de satisfazer somente os seus interesses (ROCHA, 2004, p. 72).

No início do Século XX a teoria do Estado de Direito (*Rechsstaat*) foi concebida na Alemanha e na França com a consagração do Direito, não como um dispositivo de limitação do poder do Estado em nome de liberdade individuais, mas como meio de organização racional do Estado que seria governado pelos preceitos da razão. A Constituição teria supremacia no ordenamento jurídico e no seu núcleo tutelava os direitos dos homens, implementava a separação dos poderes, apregoava a supremacia da lei, abria canais para participação dos cidadãos nas questões do Estado por intermédio do Parlamento, e, dispunha um governo representativo e garantia a independência dos juízes (CHEVALLIER, 2013, p. 15).

Na Inglaterra e nos Estados Unidos a teoria do Estado de Direito (*rule of law*), um pouco diferente de como se deu na Alemanha e na França, foi fundada completamente na tutela dos direitos e liberdades individuais, no respeito à hierarquia de normas com a afirmação da autoridade suprema e exclusiva da lei, com prestígio da igualdade com exclusão de todos os privilégios de jurisdição dos agentes da coroa (CHEVALLIER, 2013, p. 16).

Nesse contexto, influenciada pela teoria de Montesquieu, a legalidade fundou-se em três ideias nucleares: a lei passa a ser compreendida como expressão racional emanada da vontade geral; o poder encontraria na lei um critério para suas decisões, e; a lei assumiria uma função garantidora das liberdades (OTERO, 2003, p. 51).

Houve também no Estado Liberal uma superação do Estado de Polícia em que o Direito se revelava puramente instrumental, com o qual a Administração dispunha de total domínio sem sujeição às normas existentes. No Estado de Polícia as leis serviam somente para impor obrigações aos administrados, sem que estes não dispunham de meios legais de coibir a Administração. Para Jacques Chevallier “ O Estado de Polícia é fundado sobre o bel-

prazer do Príncipe: não há, em verdade, limite jurídico à ação do poder, nem real proteção dos cidadãos contra o poder" (CHEVALLIER, 2013, p. 18).

A legalidade se tornou o fundamento do Direito Administrativo para determinar a adequação entre o ato da Administração e a lei, assim, "[...] passou a ser considerada, então, sede única do comportamento administrativo" (ROCHA, 2004, p. 79).

Surge nesse contexto a concepção material da legalidade, uma vez que "a doutrina do *Rechsstaat* conduz, na prática, à afirmação da supremacia da lei sobre a administração: não somente ela deve se abster de agir *contra legem*, mas ainda é obrigada a agir *secundum legem*, em virtude de uma habilitação legal (reserva de lei)" (CHEVALLIER, 2013, p. 18).

No contexto do Estado Liberal também surgiu no direito francês o que foi denominado de Estado Legal em uma concepção política de organização fundamental dos poderes de tal forma a garantir a supremacia do corpo legislativo em uma verdadeira soberania parlamentar.

É importante verificar que há grande diferença entre o Estado Legal do Estado de Direito. Tem-se no Estado Legal a restrição da atuação estatal à forma da legalidade, destituída e desvinculada de conteúdos que lhe são inerentes. Já o Estado de Direito pressupõe não apenas a regulamentação jurídica normativa qualquer, mas uma ordenação calcada em certos conteúdos, que se tratava o conteúdo do próprio liberalismo (STRECK; MORAIS, 2006, p.102). No Estado de Direito Liberal a função jurisdicional era aceita e promovida, porém o magistrado seria a "*bouche de la loi*", que repetiria sem acréscimos ou modificações o que fora criado e posto pelo Legislativo (FERNANDES, 2012, p. 185).

Os excessos do liberalismo foram logo revelados como o período da história em que houve a maior exploração do homem pelo homem, com a revolução industrial e a aglomeração de mão de obra de reserva nas cidades, que os detentores dos modos de produção submetiam o proletariado a jornadas de trabalhos de 15 (quinze) a 17 (dezessete) horas por dia, impondo o trabalho a crianças, adultos e anciãos em ambientes insalubres. Por isso essa concepção de legalidade demonstrou sua fragilidade seguida da necessidade de superação por uma nova teoria que visasse tutelar e promover não somente uma igualdade (isonomia) formal, como também uma igualdade material (ROCHA, 2004, p. 72).

Foi nessa tensão dialética que surgiu Estado de Direito Social. Nesse modelo o Estado não tinha mais a postura abstencionista, mas, sobretudo intervencionista, visando concretizar direitos fundamentais por meio do Executivo (que ganha preponderância) a uma massa de "clientes" famintos por políticas públicas, e por isso pode ser definido como um Estado de prestação (providência/intervencionista) (FERNANDES, 2012, p 72).

O Estado de Direito Social redefine os clássicos direitos do Estado Liberal, principalmente a igualdade material e não mais formal, e se firma com a aquisição de novos direitos com os direitos políticos, sociais e econômicos (SANTOS; GOMES, 2008, p. 5).

A ideia do Estado Social repousava na superação do individualismo e na busca da socialização dos interesses e dos bens a serem prestados pelo Estado para a concretização de uma justiça distributiva com o reconhecimento, promoção e garantia dos direitos sociais (ROCHA, 2004, p. 74).

Todas essas mudanças refletem no direito que se tornou instrumental (intervencionista) nas mãos de um Estado posto a serviço da concretização de políticas públicas. Com isso, as regras do direito foram produzidas segundo uma lógica propulsiva e governadas pela eficácia da Administração (CHEVALLIER, 2013, p. 82).

Os excessos Estado de Direito Social se revelaram com a formação de burocracias e regimes autoritários que desaguaram na Segunda Guerra Mundial. Logo, ditaduras vicejantes surgiram sob o manto de um modelo político paternalista.

Foi no pós guerra que inaugurou-se novo momento da legalidade com o surgimento do Estado Democrático de Direito, no esforço de não se conceber mais um "Estado de Direito" que não seja "democrático" e muito menos "democracia" que não seja em um "Estado de Direito" (GRACCO, 2013, p. 11).

Por isso, os dois elementos característicos do Estado Democrático de Direito seriam o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais e a participação do cidadão na elaboração, construção e aplicação desse Direito (ROCHA, 2004, p. 75).

As normas elaboradas pelo parlamento agora buscam compatibilidade e validade na Constituição, que passa a gozar de supremacia no ordenamento jurídico.

O Judiciário ocupa lugar de destaque na arquitetura constitucional, e atua como agente de controle de tal forma a observar não apenas a legalidade estrita, mas também os princípios expressos ou implícitos do sistema constitucional (SOARES; GOMES, 2008, p. 6).

Abre-se ao indivíduo a possibilidade de exercer controle da atividade legiferante por meio do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, seja por meio do controle de constitucionalidade difuso/via incidental/*incidenter tantum* (americano) ou por meio do controle concentrado de constitucionalidade (europeu).

Como visto, o princípio da legalidade, criado inicialmente para conter o absolutismo monárquico, não se mostrou eficaz para frear os abusos do Estado Social. Daí no sistema constitucional surge a possibilidade do Judiciário exercer controle da Administração Pública, sendo que esta agora deve colimar sua atividade e atuação não somente na legalidade

estrita, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios, com a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade (MORAES, 1999, p. 23).

Em definição clássica do Direito brasileiro, Meirelles (1993, p. 83) já sustentava que o princípio da legalidade se traduz no fato de que para a Administração Pública "não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é licito fazer tudo que a lei não proíbe".

No entanto, na contemporaneidade a Constituição é encarada como sistema aberto que consagrou a dignidade da pessoa humana como núcleo duro e intangível que vincula a todos promover, seja o Estado ou os particulares impondo sua promoção e execução. Por isso, a Administração deve atuar conforme o Direito, e não mais conforme a lei tida em seu sentido estrito.

Assim, "[...] um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista" (OTERO, 2003, p. 167).

O Constitucionalismo do pós-guerra sobrelevou a importância da constituição não somente no seu aspecto formal, como também de sua ascendência axiológica sobre todo o sistema jurídico.

Isso trouxe grande modificação no Direito Administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica. A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição, sendo esta a habilitadora tanto de competências administrativas como também critério imediato da decisão administrativa (OTERO, 2003. p. 735).

A Administração passa a encontrar na Constituição e nos valores elevados dos direitos fundamentais critérios que se tornam balizas para a sua atuação, o que impinge a ideia e aceitação de que as decisões administrativas no Estado Democrático de Direito só serão válidas e legítimas se encontrarem fincas no berço dos princípios constitucionais.

Há clara superação do pensamento de que a Administração deve ter vinculação estrita à lei (formal), mas essa vinculação deve dar-se em relação a todo o ordenamento jurídico como unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), esboçados em diferentes graus e tipos de normas que formam o denominado bloco de legalidade (considerando o ordenamento jurídico com um todo sistêmico) (BINEMBJOM, 2008, p. 142).

Dessa forma, a Constituição torna-se "o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo". Só se pode falar em superação da legalidade administrativa quando há substituição da lei pela Constituição, o que se torna o cerne da vinculação administrativa à juridicidade (BINEMBJOM, 2008, p. 142).

Com essa releitura da legalidade, em que a onipotência da lei dá lugar aos princípios expressos e reconhecidos no ordenamento jurídico e aos direitos fundamentais, passa-se analisar como se identifica no Estado Democrático de Direito a discricionariedade administrativa e a vinculação.

2 Vinculação e discricionariedade: uma necessária releitura no Estado Democrático de Direito

Hely Lopes Meirelles defende que na persecução do interesse público a Administração é dotada pelo ordenamento jurídico de poderes para a realização das tarefas administrativas (MEIRELLES, 1993, p.100). Tais poderes são instrumentais para alcançar a finalidade proposta, que seria a concretização do interesse público.

Daí, em decorrência da legalidade, os atos administrativos foram divididos em atos vinculados e atos discricionários.

Os atos vinculados seriam aqueles que a lei descreve rigorosamente os seus pressupostos necessários à produção do ato administrativo e seu conteúdo, que decorreria diretamente (sem dúvidas) da prevista hipótese legal (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 138).

Já a discricionariedade se manifestaria quando a legalidade possibilita ao administrador margem de liberdade sobre o objeto do ato (conteúdo) e a escolha de seus motivos em opções dispostas e apresentadas diante de fatos concretos (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 139).

Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 65) leciona que a vinculação se dá quando na edição do ato administrativo seja possível que a lei possa regulá-lo "de modo a transparecer que, na consideração axiológica do direito e das circunstâncias em que esse se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível".

Já a discricionariedade se manifestaria em determinadas situações que a lei confere ao administrador público a possibilidade de, por meio de um juízo subjetivo de valor, pautado em critérios de conveniência e oportunidade, escolher, dentre diversas soluções

apresentadas pela legalidade, aquela que melhor satisfaça o interesse público (CANÇADO, 2013, p. 42).

Hely Lopes Meirelles (1993, p. 103) já lecionava que o poder discricionário é aquele que "o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência e oportunidade e conteúdo".

Esse juízo subjetivo do administrador se apresentaria de forma isolada ou cumulativamente entre agir ou não dentro de certos limites apresentados na situação fática, ou; eleger a medida considerada idônea perante aquela situação fática para satisfazer a finalidade legal (MELLO, 2010, p. 17).

A discricionariedade seria como um campo de liberdade da Administração quando a lei regula abstratamente certa situação no mundo empírico, o faz deste modo porque não aceita do administrador uma outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente, de forma ótima a finalidade legal (MELLO, 2010, p. 32).

Em suma: haveria vinculação quando o relato normativo predetermina, de modo completo e exaustivo, o único comportamento possível a ser adotado pela Administração perante determinados fatos concretos. De outro lado, haveria discricionariedade quando, em decorrência do modo pelo qual o direito regula a atuação administrativa, resultaria para o administrador uma margem de apreciação quanto à maneira de proceder diante situações concretas (BINENBJOM, 2008, p. 200).

A discricionariedade em sua gênese no *ancien régime* francês dos Séculos XVI a XVIII (Estado de polícia) era considerada como sinônimo da soberania decisória do monarca absoluto que manifestava a arbitrariedade na produção de decisões de cunho puramente subjetivo e político impermeável frente a qualquer tipo de controle (BINEMBJOM, 2008, p. 195).

A conciliação entre a liberdade decisória subjetiva da Administração e a legalidade (típica aqui do Estado Liberal) fez com que "[...] a discricionariedade administrativa começou a ser considerada um 'corpo estranho' dentro do Estado de direito, um resquício da arbitrariedade monárquica, que deveria, por qualquer meio, ser eliminada" (KRELL, 2013, p. 14).

Por essa razão García de Enterría (1962, p. 167), seguindo as lições de Hans Huber, chama a discricionariedade de cavalo de Tróia no Direito Administrativo e do Estado de Direito[1].

O conceito de discricionariedade no Estado Liberal foi definido primeiramente como a área de livre ação da Administração em contraposição a atuação vinculada e passível de sindicabilidade judicial (MORAES, 2009, p. 27).

No Estado Social surgiu o discurso de que a legalidade não teria como prever todos os fatos dinâmicos do mundo da vida, dada a complexidade da vida humana e os deveres impostos à Administração de celeridade e eficácia. Assim, se todas as normas fossem vinculadas e determinadas engessariam e comprometeriam a atuação administrativa (KRELL, 2013, p. 14).

A relação da Administração com a legalidade, nesse contexto, assumiu feição de vinculação negativa à lei, ao possibilitar à Administração agir nos espaços livres da regulamentação legal.

Surgiu também na égide do Estado Social a imagem da discricionariedade como poder Administrativo externo ao próprio ordenamento jurídico, e fundado na autonomia emergente da personalização da Administração Pública (BINENBJOM, 2008, p. 197).

Assim, foi identificada imperfeição intrínseca da lei frente a pressão sobre a Administração para que agisse de tal forma a acompanhar toda a evolução da sociedade industrializada e a crescente demanda e reclames de serviços públicos.

Por isso, a Administração Pública do Estado Social (Estado-providência/Estado de bem-estar/Estado-segurança/Estado-preventivo), foi marcada por uma base financeira e científico-tecnológica que na persecução das suas tarefas se mostrou incompatível com o modelo de legalidade do Estado Liberal. A lei foi sacrificada por um mínimo de segurança jurídica.

A massa de cidadãos "sem rosto", com feição única do Estado Liberal, em que bastaria a aplicação automática da norma jurídica para suprir-lhe as demandas, foi substituída por multivariadas e diversificadas demandas exigidas no Estado Social, o que reclamou por uma discricionariedade sem limites (ROCHA, 2004, p. 116).

Assim, a discricionariedade administrativa representou um movimento contraditório do seu ideal inicial, criada com submissão integral à lei, porém se apresentou

[1] "*Se ha dicho del poder discrecional [...] que es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho*" (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962, p. 167).

como uma verdadeira insubmissão a essa e instrumento de manifestação do desejo do Administrador (BINENBJOM, 2008, p. 19).

Os excessos do Estado Social impuseram uma limitação à discricionariedade, ao ponto de ser tida como sinônimo de vinculação e passível de extenso controle jurisdicional, o que provocou com o tempo o que foi chamado de temor do 'governo dos juízes'" (MORAES, 2009, p. 30).

No Estado Democrático de Direito a discricionariedade não pode ser tida como imune ao controle jurisdicional como no Estado Liberal e exacerbada no Estado Social. Os contornos da discricionariedade estão adstritos à juridicidade, sob pena de padecerem de vicio de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

A vinculação da discricionariedade à legalidade foi substituída pela sua vinculação e observância à Constituição, da lei e dos princípios (MEDAUAR, 2003, P. 198-193). Assim, não cabe atualmente mais falar em dicotomia entre atos vinculados e discricionários e, sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Paulo Otero fala que a reserva vertical de lei foi substituída pela reserva vertical de Constituição, sendo esta o fundamento da atuação da Administração, como norma direta e imediatamente habilitadora de competência, e como critério imediato de decisão administrativa (OTERO, 2003, p. 733).

Dessa forma, a discricionariedade deixa de ser vista como liberdade decisória ou campo imune a sindicabilidade, e passa responder maior ou menor grau de controle judicial dos seus atos (BINENBJOM, 2008, p. 208).

As escolhas administrativas devem observar sempre critérios de conveniência e oportunidade, e, acima de tudo, essas escolhas devem estar atreladas, insculpidas e calcadas na juridicidade.

A juridicidade fez também com que se repensasse o controle jurisdicional da atuação administrativa fulcrado em aspectos meramente formais da legalidade, uma vez que o controle de alguns elementos do ato administrativo (competência e forma) era insuficiente para coibir os abusos perpetrados pela burocracia.

Com efeito, apesar de o cotejo entre a discricionariedade administrativa e a finalidade da lei ter possibilitado a ampliação do exame jurisdicional dos atos administrativos, verificou-se que não era suficiente para coibir abusos, que continuavam a manifestar-se diante da mencionada barreira ao controle jurisdicional exercida pela noção de mérito do ato (BINENBJOM, 2008, p. 205). Sendo que o mérito do ato administrativo se tornou "[...] a

palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração" (KRELL, 2013, p. 26).

No entanto, os princípios no Estado Democrático de Direito aumentaram a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade ao ponto de afastar a ideia de dissecação do ato administrativo em cinco elementos, que são eles: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto (KRELL, 2013, p. 27).

Essa nova concepção de discricionariedade vinculada à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o "ato administrativo vinculado" e o "ato administrativo discricionário" sendo a diferença o grau de vinculação desses à juridicidade (BINENBJOM, 2008, p. 208).

Daí surge a ideia da boa administração pública, considerada como direito fundamental do cidadão. Por isso, haveria aprofundamento da sindicabilidade jurisdicional da discricionariedade uma vez que a juridicidade rechaça todo autoritarismo das escolhas administrativas não fundamentáveis. O mérito (juízos de conveniência e oportunidade) não seria diretamente controlável, "mas o demérito ou a antijuridicidade o serão inescapavelmente. Mais que nunca, a discricionariedade legítima supõe o aprofundamento da sindicabilidade voltada à afirmação dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública" (FREITAS, 2007, p 45-46).

Mas, o que se pretende com a pesquisa é propor um controle processual da Administração Pública, e não apenas judicial, visto que o processo não é instrumento da jurisdição, como se passa a demonstrar com a Teoria Neoinstitucionalista do processo.

3 A teoria Neoinstitucionalista do processo: conjecturas para o controle processual da discricionariedade administrativa

A Teoria Neoinstitucionalista do processo tem a gênese de suas conjecturas na teoria do conhecimento objetivo de Karl Popper, e defende que somente o conhecimento objetivo pode justificar um enunciado científico.

Rosemiro Pereira Leal migrou as conjecturas de Popper para a ciência do Direito, considerando a sociedade na pós-modernidade "uma sociedade aberta" com o rompimento do que denominou "miséria do historicismo" e a superação de um Estado dogmático, com a proposta de criação, transformação e reconstrução do Estado e demais instituições através de

um “método de encaminhar o conhecimento científico: o falseasionismo (falseabilidade)” (LEAL, 2013, p. 1).

O processo na pós-modernidade se revela como uma conquista histórica-teórica das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados que busca a superação do indesejado desequilíbrio jurídico e econômico das camadas da sociedade (LEAL, 2014, p. 21).

Por isso, o processo não é mais tido como instrumento ou método de atuação da jurisdição, como defendem os teóricos da escola instrumentalista ao conceber o processo como uma Relação Jurídica.

Para a escola instrumentalista, que tem o processo como relação jurídica entre o juiz e às partes como defende Bülow (1964, p.1-4), não existe uma relação jurídica (autor-juiz-réu), e sim uma relação subjetiva (que tem como objeto direitos subjetivos) e voluntarista (autor exige do réu direito que sustenta ser seu) com um processo instrumental e teleológico.

No Estado Democrático de Direito o processo não é mais mero instrumento da jurisdição, e também não se confunde com a figura do procedimento, seja no âmbito administrativo ou judicial.

Nos casos em que se produz uma decisão jurídica observando apenas um procedimento ou tendo o processo como um meio, pode até haver jurisdição ou atividade administrativa, mas não há processo.

A teoria instrumentalista, como denuncia Rosemiro Pereira Leal, se firma na crença de que decididores/intérpretes (administrador, juiz ou legislador) detém varas de condão, fórmulas e palavras mágicas que fazem crer que sejam capazes de concorrer para a paz social, a felicidade paradisíaca do homem e a efetivação do interesse público, isso tudo pode meio de uma autoridade que se coloque como um pai ou um salvador “ético, irrepreensível, sábio, puro, vestal, ou prodigamente justo e talentoso” (LEAL, 2014, p. 95).

Por outro lado, o processo, segundo a teoria Neoinstitucionalista, é definido atualmente com as garantias principiológicas da reserva legal consubstanciadas nos direitos da isonomia, da ampla defesa e do contraditório que antecipadamente são assegurados na Constituição (LEAL, 2014, p. 22).

As constituições, nesse sentido, deixam de ser um estatuto totalizante e exclusivo da atividade estatal, e passa ser um texto articulador e legitimante de instituições jurídicas, em que o Estado se apresenta como uma delas, não mais como uma entidade superior, soberana e absoluta (LEAL, 2014, 29).

Na pós modernidade, o que se tem é um pós mundo posto pelo homem sem fincas em pressupostos históricos condicionadores. E nesse contexto, o processo se apresenta como "[...] instituição jurídica que ao lado do Estado, do povo, da cidadania, da soberania popular, contém princípios definidos pelo contraditório, da ampla defesa, da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo" (LEAL, 2014, p. 30).

Só é possível uma decisão jurídica legítima que seja fruto do processo considerado como instituição instrumentadora e legitimadora, seja da atividade jurisdicional como a administrativa.

Os provimentos das funções do Estado devem ser construídos processualmente pela submissão aos princípios jurisdicionais e constitucionais da cidadania que, a rigor, somente pela observação de tais princípios esta se forma e se afirma. Para a afirmação da cidadania são necessárias múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do processo, cujo exercício produz legitimidade irrestrita para a fiscalidade processual dos direitos constitucionalizados (LEAL, 2014, p. 31).

Portanto, o processo constitucionalizado, concebido de uma forma jurídico-discursiva, na estruturação de procedimentos (judiciais, administrativos ou legiferantes) faz com que os provimentos decorrentes (decisões, sentenças e leis) advenham de um compartilhamento dialógico-processual operado por uma comunidade jurídica constitucionalizada que disponha e delibere ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico de órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes que representam uma minoria inexpressiva (porém, poderosa) de um Estado ou de uma comunidade política (LEAL, 2014, p. 90).

Isto é, os verdadeiros legitimados do processo constitucionalizado (povo/cidadão), atuam de forma autônoma e livre por meio de um discurso democrático em um espaço processualizado.

Nessa conjectura, a garantia de direitos pela instituição do processo constitucionalizado não decorre mais de uma autoridade, seja legislativa ou judiciária, que esteja comprometida com a Administração Pública de uma realidade "econômica-social extraordenamental, mas de um nível teórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização" dos direitos e garantias de seus direitos fundamentais que são certos, líquidos e exigíveis (LEAL, 2014, p. 91).

O processo, nessa concepção, não é espaço restrito aos especialistas e aos detentores de uma linguagem discursiva exclusiva para acessar os espaços públicos de deliberação.

O fato de grande parte do povo, por exclusão social ou cognitiva, não ter acesso à compreensão das garantias e direitos processuais que foram instituídos pela Comunidade Política, faz com que seja necessário "erigir a Constituição como *médium* institucional que, na contrafactualidade, há de tornar apto o povo, por direitos fundamentais implementados, a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática" (LEAL, 2014, p. 91).

A garantia principiológica constitucional do devido processo converte-se numa garantia que não pode ser afastada ou esquecida, pois decorre das conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular de resistência à tirania e dominação. Assim, o devido processo irradia interferência expansiva e fecunda (influência direta e operante) nas estruturas procedimentais da Administração, do Legislativo e do Judiciário, alcançando todas as funções do Estado (LEAL, 2014, p. 88).

Há diferencia entre as figuras do processo e do procedimento. Com as contribuições de Enzo Fazzalari tem-se que o processo como um procedimento em contraditório. Nesse sentido se faltar o contraditório há procedimento, porém não há processo (LEAL, 2014, p. 94). Já o procedimento é tido como construção espaço-temporal previamente estabelecida em lei que "[...] impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico jurídico do posterior e este precondição do ato sequente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (sentença, decisão, ato)" (LEAL, 2014, p. 96).

O que diferencia o processo do procedimento é justamente a presença dos princípios institutivos e informadores que são característicos do processo constitucionalizado. Os princípios autocríticos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia definem a teoria Neoinstitucionalista do processo que conjectura um pacto de significância como teoria de constitucionalidade para gerenciar e balizar a construção, aplicação e extinção dos direitos aos legitimados do processo (LEAL, 2013, p. 44).

Por contraditório tem-se "[...] a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem" (LEAL, 2014, p. 99).

André Cordeiro Leal leciona que "o contraditório deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais" (LEAL, 2002a, p. 88).

Vê-se que há superação da ideia instrumentalista de contraditório que vai além de "igualdade de oportunidade", sendo esta a isonomia que é o direito assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento (LEAL, 2014, p. 99).

Alerta Rosemiro Pereira Leal que é "oportuno distinguir isonomia e simétrica paridade", sendo a simétrica paridade uma "condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático de Direito" (LEAL, 2014, p. 99).

A isonomia, como princípio institutivo da teoria Neoinstitucionalista, diz respeito à qualidade de que são investidos os legitimados do processo (povo) para criação e definição do direito, na atividade legiferante, judicial e administrativa, respectivamente.

Os conteúdos processuais dialógicos da isonomia – que são a isotopia, isomenia e isocrítica – é consequência lógica de um povo concretizador e criador de sua própria igualdade jurídica pelo devido processo constitucional.

Assim, a isonomia em sua base decisória representa "igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos para interpretar a lei (isomenia) e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica)" (LEAL, 2014, p. 49).

O princípio da ampla defesa diz respeito aos limites temporais que oportuniza às partes o contraditório, com isso traduz-se na "garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la" (LEAL, 2014, p. 100).

A adoção dos princípios autocríticos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia propicia a derrocada os "'eus' solipsistas, inatos e pressupostamente contextualizados em seus absolutos e estratégicos saberes deontológicos e corretivos de justificação e aplicação do Direito" (LEAL, 2014, p. 104).

Percebe-se que os princípios institutivos da teoria Neoinstitucionalista do processo abre a possibilidade da efetivação de um espaço linguístico autocrítico para compartilhamento intersubjetivo de sentido da normatividade nas bases instituinte (criação), constituinte (interpretação) e constituída (aplicação) dos direitos.

Isso demonstra que falar em interpretação "ao alcance de todos" sem que haja um espaço crítico-deliberativo-argumentativo que considere o povo como legitimado para a

interpretação, representa verdadeiro dogma que se presta a dar aparência de procedimentos legítimos que, na verdade, mascaram e confirmam a dominação da autoridade na interpretação que decide.

Por isso, só no instituto constitucionalizado do processo, segundo a concepção da Teoria Neoinstitucionalista, é possível se falar em um espaço processualizado que oportunize a interpretação e o espaço de decisibilidade que incida desde a criação de direitos (lei) e perpasse por sua incidência, aplicação, extinção ou transformação.

Nesse mesmo sentido Leonardo de Araújo Ferraz declara que há necessidade imperiosa para a busca de teorias da decisão jurídica que se coadunem com uma visão consentânea com o Estado Democrático de Direito. Para isso, propõe novo modelo de Direito Administrativo, que busca concretizar a horizontalização das relações envolvendo o exercício da função administrativa e o cidadão. Tudo isso por meio do **processo**, que deve permear todo o exercício da função administrativa, a fim de legitimar previamente a prática dos atos administrativos. Esse modelo se estrutura na efetividade da proteção aos direitos fundamentais, por intermédio de uma cidadania ativa, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (FERRAZ, 2013, p. 194).

Assim sendo, a teoria Neoinstitucionalista do processo aplicada na formação de atos discricionários seria apta a prestar legitimidade às decisões produzidas na Administração Pública.

CONCLUSÕES

O trabalho aprofundou na compreensão da superação da legalidade estrita do Estado Liberal com a virada da Juridicidade no Estado Democrático de Direito. o que trouxe grandes mudanças no Direito Administrativo. A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição, sendo que agora a Constituição é habilitadora tanto de competências administrativas como também critério imediato da decisão administrativa.

A Administração passou encontrar na Constituição e nos valores elevados dos direitos fundamentais critérios que se tornam balizas para a sua atuação, o que impinge a ideia e aceitação de que as decisões administrativas no Estado Democrático de Direito só serão válidas e legítimas se encontrarem fundadas no berço dos princípios constitucionais. Há clara superação do pensamento de que a Administração deve ter vinculação estrita à lei. Na contemporaneidade a vinculação da Administração deve atrelar-se a todo o ordenamento

jurídico como unidade (Constituição, leis, princípios constitucionais, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), esboçados em diferentes graus e tipos de normas, o que forma o denominado bloco de legalidade.

Buscou também entender a possibilidade do processo como meio adequado para se construir, modificar, aplicar e extinguir a lei, ao utilizar de critérios argumentativos fixados de forma prévia e processual como marco instituinte da lei, segundo a teoria Neoinstitucionalista. Assim, o processo seria o espaço crítico-argumentativo aberto à fiscalidade ampla e irrestrita da lei com bases no devido processo, que é a condição inicial e indispensável de vida jurídica nas democracias constitucionalizadas.

Com o advento da Juridicidade o binômio clássico de atos discricionários e vinculados foi substituído pela concepção de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos com a Juridicidade.

Concluiu-se que somente pelo processo, como instituição constitucionalizada, o controle processual da Administração Pública permite a abertura da interpretação à comunidade jurídica legitimada, de forma que todos os legitimados do processo (povo) tem condições de exercer um direito democrático que tenha na sua base decisória a garantia de igualdade de todos perante a lei, igualdade de todos para interpretar a lei e a igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei.

Então, a teoria da decisão jurídica proposta e conjecturada pela teoria Neoinstitucionalista do processo confere legitimidade aos atos discricionários da Administração Pública tanto *a priori* (procedimentos processualizados) da edição dos atos administrativos, quanto também *a posteriori*, utilizando a jurisdição como instrumento do processo, e não o contrário como aceito pelo senso comum.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **Para um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração**. Lisboa: Almedina, 2000, 177 p.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Discricionariedade e motivação do ato administrativo**. *In*: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de direito administrativo*: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rei, 2005, 224 p.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. **Discricionariedade administrativa e processo sancionatório: inconsistências normativas e possibilidades interpretativas em torno da Lei n. 8.666/93**. Revista Do Tribunal De Contas Do Estado De Minas Gerais jan/mar, 2011, v. 78, n. 1, ano XXIX. Disponível em: <http://www.revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1130.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2013.

BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 341.

BÜLOW, Oskar Von. **La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: EJEA, 1964, 302 p.

CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier. **Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 192 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, 1.250 p.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, 136 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, 727 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, 242 p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 270 p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e Estado**: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 535 p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; MENDONÇA, Luiza Teodoro de. O controle judicial do "relevante valor cultural" de bens tombados na jurisprudência mineira: a discricionariedade administrativa e a proteção do patrimônio cultural. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, jan./jun., 2015, p. 239-274.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012, 1.305 p.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Crítica ao princípio da proporcionalidade como fundamento das decisões judiciais**: abordagem à luz da teoria discursiva do Direito. 2007, 175 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **O administrativismo do século XXI**: por uma visão renovada dos conceitos jurídicos indeterminados. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, 250 p.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, 198 p.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, 143 p.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, I. 15. ed. Pamplona: Civitas, 2011, 872 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA. **La lucha las imunidades del poder em el derecho administrativo**; poderes discricionales, poderes de gobierno, poderes normativos. *In* Revista de Administración Pública, nº 30, ano 1962, p. 159-205.

GRACCO, Abraão Soares Dias dos Santos. **Direito Constitucional do cidadão comum**. 2016, 184 p. Disponível em:<http://www.movimentocidadaocomum.com.br/uncategorized/baixe-gratuitamente-o-ebook-direito-constitucional-do-cidadao-comum/attachment/ebook-dccc/>. Acesso em: 21 nov. 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 278 p.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013, 200 p.

LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, 2008. 163 p.

LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a. 111 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-Institucionalista. **Revista Virtuajus**, n. 2, 2006. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em 08 dez. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, 120 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Direitos Fundamentais do processo na desnaturalização dos Direitos Humanos**. Revista Virtuajus da PUC Minas. Disponível em:< http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2016

LEAL, Rosemiro Pereira. Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. IV, ano 3, Rio de Janeiro, jul./dez. 2009, p. 111-119.

LEAL, Rosemiro Pereira. O *due process* e o devir processual democrático. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 26, jul./dez. 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Paradigma Processual ante as seqüelas míticas do Poder Constituinte Originário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 295-316, jul./dez. 2008, p. 295-316.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, 306 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10.ed. rev. e aum. Porto Alegre: Síntese, 2011, 293p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002b, 206 p.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 298 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, 702 p.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emannuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, 975 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, 1.136 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 110 p.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2009, 207 p.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 733.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1975, 394 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 306 p.

SANTOS, Abraão Soares dos; GOMES, Fernando Alves. **Direito Constitucional** – Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 198 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência Política e teoria de Estado**. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 211 p.