



# O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E AS PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS VINCULANTES<sup>1</sup>

CONTROL OF PUBLIC POLICIES AND BINDING CONSTITUTIONAL PRIORITIES

Juarez Freitas<sup>2</sup>

## Resumo

Políticas públicas e discricionariedade administrativa são temas que precisam ser reequacionados em bloco, no intuito de que as prioridades constitucionais vinculantes passem a ser respeitadas e, graças ao controle de benefícios líquidos a longo prazo, alcancem empírica compatibilidade com os altos objetivos do desenvolvimento sustentável.

**Palavras-Chave:** Política Pública. Discricionariedade. Controle. Benefícios líquidos a longo prazo.

## Abstract

Public policy and administrative discretion are issues that need to be re-equated together in order to respect the binding constitutional priorities and, due to the control of net benefits in the long run, achieve empirical compatibility with the top goals of sustainable development.

**Keywords:** Public policy. Discretion. Control. Net Benefits in the long run.

## INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional consagra, explícitas e implícitas, *prioridades vinculantes* a serem observadas, de modo criterioso, na enunciação e na implementação das políticas públicas. Nessa medida, crucial que o escrutínio das escolhas públicas esteja endereçado, antes de tudo, ao adimplemento de

<sup>1</sup> Submetido em 18/12/2013, parecer emitido em 20/12/2013, aprovação comunicada em 23/12/2013.

<sup>2</sup> Professor Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Professor Associado de Direito Administrativo da UFRGS, Pós-Doutorado em Direito na Universidade Estatal de Milão, Pesquisador visitante nas Universidades de Oxford e Columbia, Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público.



prioridades sintetizadas no *direito fundamental à boa administração pública*. (FREITAS, 2013).

Com efeito, a margem de escolha das consequências (diretas e indiretas), conferida a sujeito competente (ao lado da descrição cognitiva para fixar o conteúdo de conceitos indeterminados), não se coaduna com falsas e indecentes liberdades, tais como aquelas que redundam em obras inúteis e superfaturadas, desregulações temerárias, ilusionismos contábeis, compras insustentáveis e empréstimos públicos distraídos das finalidades constitucionais.

Juridicamente, toda discricionariedade administrativa precisa estar, em alto grau, vinculada às *prioridades vinculantes* da Carta. Isto é, a escolha administrativa, com o selo da discricionariedade legítima, só pode ser aquela decorrente da justa apreciação intertemporal dos benefícios diretos e indiretos, nas fronteiras da juridicidade em sentido lato, que inclui a tutela de valores não econômicos, (BREYER; STEWART, SUNSTEIN, 2011, p. 10) à diferença do cogitado pela análise utilitarista de custo-benefício.

Será, pois, legítima aquela decisão administrativa que resguardar as regras legais (atribuidoras da liberdade de escolha) e, simultaneamente, a sustentabilidade do sistema inteiro (conformador da liberdade como poder atribuído aos atores públicos para realizar as melhores escolhas contextuais, com o melhor benefício líquido, a longo prazo).

Na agenda das políticas públicas, verifica-se, pois, uma limitada liberdade conformadora, já que não pode ser considerado indiferente, por exemplo, decidir entre uma intervenção urbana voltada para o transporte individual ou para o transporte coletivo: brota da Constituição a prioridade insofismável do transporte coletivo.

Também não se pode reputar indiferente contratar a obra pública pelo míope menor preço de construção ou, ao contrário, levar em conta os custos de sua manutenção: a própria economicidade requer estimativa prolongada no tempo. Muito menos se mostra indiferente regular com primazia para a saúde pública ou ceder à volúpia e à ganância da “indústria da doença.” Tampouco pode ser tido como indiferente conceber o mercado como se fosse, por si, resiliente ou assumir o pleno



reconhecimento de suas falhas, uma vez que não há como ignorar as externalidades negativas, as informações privilegiadas e o poder dominante.

Em todas essas situações, *não se admitem as condutas administrativas candidamente indiferentes*, que se furtam de cumprir (ao agir ou ao se abster) os condicionantes modulados pelas prioridades constitucionais de florescimento da qualidade de vida, acima do crescimento pelo crescimento econômico, medido pelo precário PIB<sup>3</sup>.

Nessa altura, não faz sentido a tese mesmerizada pela insindicabilidade do cerne político de programas administrativos, porque o juízo de conveniência requer invariavelmente a motivação racional, exposta ao crivo de avaliações substanciais (assim como a aferição dos impactos sistêmicos e de custo-benefício aperfeiçoado)<sup>4</sup>.

Em suma, não se admitem os atos puramente discricionários, típicos do patrimonialismo de extração subjetivista, bem como se mostram implausíveis os atos completamente vinculados e autômatos (de mera obediência irreflexiva).

Com tais pressupostos, reequaciona-se, por inteiro, o escrutínio das escolhas públicas, com foco no crescente adimplemento dos deveres de enunciação e implementação, em tempo útil, das políticas prioritárias de Estado Constitucional, seja pela emissão expedita dos atos administrativos vinculados, seja pelo exercício comedido dos atos administrativos discricionários, expungindo, destes e daqueles, as arbitrariedades por ação e por omissão.

Urge, dessa maneira, empreender destemida releitura simultânea das políticas públicas e da discricionariedade administrativa, de sorte a fazer com que o Estado-Administração, em lugar de fazer de conta que é inteiramente livre, *aplique as pautas constitucionais de ofício*.

Cumpra fazê-lo, por vários motivos, entre os quais o de instaurar uma *guarda ampliada da constitucionalidade*, a ser exercitada, de modo peculiar, também pela Administração Pública. Algo que, por certo, não exclui o controle formalista no

<sup>3</sup> Vide, para uma crítica ao PIB e proposta de “counter-theory,” (NUSSBAUM, 2013, p. 46-50).

<sup>4</sup> Vide, para ilustrar, Posner, 2001, p. 1.137-1.199.



plano das regras, mas submete-o ao compromisso sobrepujante com a eficácia direta e imediata dos princípios e direitos fundamentais de todas as dimensões.

O ponto é que não se coaduna com a Carta uma discricionariedade administrativa vulnerável aos cantos de sereia dos vieses que depreciam a liberdade como poder de veto sobre os impulsos políticos e os pontos cegos de curto prazo.

Nesse prisma, reconceituam-se as políticas públicas como *programas que o Poder Público, nas relações administrativas, enuncia e implementa de acordo com as prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva*. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como *autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras*.

## 1 POLÍTICAS PÚBLICAS, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E AS PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS VINCULANTES

### 1.1 Controle das políticas públicas e da discricionariedade administrativa

O controle das políticas públicas requer escrutínio em novos moldes, que dê conta da inteireza do processo de tomada das decisões administrativas, desde a escolha do agir (em vez de se abster) até culminar na pós-avaliação dos efeitos primários e secundários, no enalço (baseado em argumentos e, sobretudo, em evidências) do primado empírico dos benefícios líquidos, a longo prazo.

De plano, convém destacar a necessária redefinição do exame de custo-benefício para que se converta em *escrutínio que transcenda os ditames da eficiência econômica*, conferindo primazia ao bem-estar multidimensional<sup>5</sup>. Nesse aspecto, torna-se imperiosa a *inclusão do desenvolvimento sustentável*<sup>6</sup> entre as

<sup>5</sup> Vide, para uma redefinição da análise de custo-benefício em favor do bem-estar, Adler e Posner, 2006. Vide, ainda, Nussbaum, 2013, p. 37.

<sup>6</sup> Vide, sobre as funções ambientais, sociais e econômicas, éticas e jurídico-políticas do Estado Contemporâneo, Freitas, 2012.



prioridades constitucionais vinculantes (CF, art. 225, combinado com 170, VI), com a capacitação de agentes públicos para que se tornem exímios na *ciência de estimar os benefícios líquidos, sem miopia temporal*.

Esse controle genuinamente de largo espectro revela-se hábil para, gradualmente, desconstruir as falácias subjacentes às decisões perpetuadoras de oligarquias plutocratas. Certamente, não pode persistir o controle perfunctório, opaco, imediatista e satisfeito com informações incompletas, notadamente ao tratar de atos discricionários que envolvem, por definição, escolhas de meios e metas.

Nada colabora, nesse ponto, serem vistas as políticas públicas como meros programas governamentais, não de Estado. Trata-se de noção seriamente deficitária. Em primeiro lugar, peca ao tratar as políticas públicas como se não fossem também implementáveis pelo Estado-Legislator, pelo Estado-Juiz (no exercício da tutela específica), entre outros atores sociais. Em segundo lugar, erra ao tratar das políticas públicas como se tomassem parte do reino da discricionariedade imperial, de modo que cada governante eleito seria livre para formular, “ad hoc,” o rol de suas prioridades, no curso do mandato. Nada mais incompatível com o planejamento estatal e com a continuidade da vinculação dos direitos fundamentais.

Na realidade, *as políticas públicas*<sup>7</sup> *não são meros programas episódicos de governo*, motivo pelo qual o seu núcleo tem de ser revisto, com a concomitante reconceituação da discricionariedade administrativa.

Eis, então, a tríade de elementos centrais caracterizadores das políticas públicas, no acordo semântico proposto: (a) *são programas de Estado Constitucional (mais do que de governo)*, (b) *são enunciadas e implementadas por vários atores políticos, notadamente pela Administração Pública* e (c) *são prioridades constitucionais cogentes*. Vale dizer, são programas que precisam ser enunciados e implementados a partir da vinculação obrigatória com as prioridades estatuídas pela Carta, cuja normatividade depende da positivação final pelo administrador.

<sup>7</sup> Vide, sobre políticas públicas, Moran; Rein; Goodin, 2006. Vide, ainda, Saravia; Ferrarezi, 2006, v. 1.



Do conceito proposto, segue a premência do abandono de análises epidérmicas e meramente formais das políticas públicas, ingressando na fase de avaliação marcadamente sistêmica e, mais do que isso, intertemporal das motivações complexas (às vezes, perigosamente contraditórias) (PETERS; PIERRE, 2006) do agir ou do deixar de agir administrativo.

Passam a figurar, nessa ótica, como requisitos de juridicidade dos atos administrativos: (a) a *competência* (irrenunciável, exceto nas hipóteses legais de avocação e delegação<sup>8</sup>), (b) a finalidade de *realização das vinculantes prioridades constitucionais*, inclusive para impedir a chamada “tragédia dos comuns”<sup>9</sup> e para respeitar indicadores fidedignos de desenvolvimento sustentável, (c) a *forma* prescrita em lei (sem resvalar para o formalismo teratológico), (d) a *motivação* congruente e consistente (com a indicação explícita dos fatos e fundamentos jurídicos norteadores da escolha) e (e) o *objeto determinável, possível e escoimado de vícios (cognitivos e não cognitivos)*<sup>10</sup>.

Ao mesmo tempo<sup>11</sup>, impende rever a categoria da *discricionariedade administrativa*, nos seus grandes traços<sup>12</sup>, com o intuito de, por igual, adequá-la ao caráter cogente das prioridades constitucionais, tarefa que demanda decifração, o mais possível, isenta dos contraproducentes preconceitos extremistas.

Com pertinência, Hans Julius Wolff e Otto Bachof (1974, p. 186) assinalaram que cada abstrata ou concreta criação de Direito se situa entre os polos da inteira liberdade e da rigorosa vinculação, sem que as extremas possibilidades jamais se realizem. Na vida real, não se tocam em nenhuma hipótese: *nem o sistema jurídico é autorregulável por inteiro – ainda que completável –, tampouco a discricção é absolutamente franqueada ao agente público.*

<sup>8</sup> Vide Lei 9.784/99, art.11.

<sup>9</sup> Vide, sobre o tema da “tragédia dos comuns” e por seus “design principles”, Ostrom, 1990.

<sup>10</sup> Vide, para cotejo, Maurer, 1994, p. 245-250, ao discorrer sobre as exigências para (a) legalidade formal dos atos administrativos (competência, procedimento, forma e motivação – que, no enfoque aqui adotado, é requisito material) e (b) legalidade material (conformidade da lei com os princípios jurídicos, habilitação, ausência de vício no exercício do poder discricionário, proporcionalidade, precisão no seu conteúdo, possibilidade material e jurídica).

<sup>11</sup> Vide Freitas, 2013, cap. 6 e 11.

<sup>12</sup> Vide Mello, 2008, p. 10.



Acresce que o controle dos atos discricionários (e dos atos vinculados, por suposto) *não pode aplicar uma lógica reducionista do “tudo-ou-nada,”* ao menos em atuação eminentemente *proporcional*. Laboram em erro, pois, os maximalistas, que pretendem tudo controlar, causando – às vezes, com a intenção funesta de vender facilidades – uma paralisia insana, com bilhões de horas destinadas ao trabalho improdutivo de saciar o burocratismo parasitário e caprichoso<sup>13</sup>. No polo oposto, equivocam-se os minimalistas, que preferem deixar tudo ao sabor de políticas conjunturais, ignorando as falhas estridentes de mercado.

Nesse quadro, seria demasiado insuficiente conceber a discricionariedade como liberdade para emissão de juízos de conveniência ou oportunidade quanto à prática de atos administrativos. Como enfatizado, as opções válidas “prima facie” não são indiferentes.

Pode-se, assim, melhor pensar a discricionariedade administrativa como a *competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) de determinados programas, mediante justificativas aceitáveis, observado o caráter cogente das prioridades constitucionais.*

Para ilustrar: a decisão de licitar é discricionária, todavia o edital será nulo se deixar de incorporar os critérios de sustentabilidade ambiental, social e econômica (CF, arts. 170, VI e 225)<sup>14</sup>. Mais: qualquer sucessão de atos administrativos terá de ser sopesada em seus custos e benefícios diretos e indiretos, medidos com parâmetros objetiva<sup>15</sup> e qualitativamente estipulados (acima da contraposição rígida entre as abordagens positivistas e pós-positivistas<sup>16</sup> ou entre filosofias consequencialistas e deontologistas)<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Vide Sunstein, 2013.

<sup>14</sup> Vide Lei 8.666/93, art. 3º.

<sup>15</sup> Vide, nessa linha, art. 4º, III, da Lei de RDC (Lei 12.462/2011): “Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância”. Exemplo positivo, a propósito, surgiu com a Resolução 976, do TCE/RS, que fixa critérios de sustentabilidade para as suas próprias licitações.

<sup>16</sup> Vide, na linha da conciliação entre tais abordagens, Howlett; Ramesh; Perl, 2009, Cap. II.

<sup>17</sup> Vide, sobre o tema, Nussbaum, 2013, p. 93-96.



Desse pressuposto, brota o completo redesenho do modelo de atuação pública (e do correspondente controle), de maneira a introduzir, vedado qualquer particularismo, as métricas capazes de propiciar uma ponderação acurada de custos e benefícios globais, sem rendição aos tradicionais vieses que impedem o sensato sopesamento.

Ou seja, para retomar o exemplo, a decisão de licitar, em si, já se mostra passível de pleno escrutínio. Cumpre perquirir, de saída, se a decisão de realizar o certame, em tempo e lugar, encontra-se consistentemente motivada, ou se merece a pronta rejeição, seja por reforçar falha de mercado, seja por acarretar prejuízo inaceitável. Ato contínuo, impõe-se avaliar se o contrato em tela é a melhor opção, à vista do potencial de projetos alternativos.

Como se nota, ao longo do processo (desde a tomada da decisão até a execução do ajuste), o controle de prioridades vinculantes não é simples faculdade (exposta a juízos transitórios de conveniência e oportunidade), como objeto o conservadorismo inercial, confinado ao viés do “*status quo*”.

Sem dúvida, essencial que, em toda decisão administrativa, o Estado-Administração incremente as políticas constitucionalizadas, no intuito de exercer a função indutora de práticas sociais salutares e redistributivas, a par da função isonômica, que veda discriminação negativa e “desvantagens corrosivas”<sup>18</sup>.

Assim, sem condescendência, as decisões administrativas serão controladas em conformidade com a diretriz intertemporal das escolhas<sup>19</sup> favoráveis ao desenvolvimento duradouro<sup>20</sup>, de ordem a depurar as cores, ora cinzentas, da gestão pública, com o advento de apropriada representação do futuro.

Certo está que se mostra factível, na maior parte das vezes, identificar o que é - e o que não é – prioritário. Ainda para ilustrar: é inequívoca a impropriedade de aquisição de bens sem considerar os impactos sobre a saúde pública e a eficiência energética. É incontroversa a irracionalidade de contratar usinas e impedir que funcionem, por carência de distribuição. É indubitosa a erronia de combater a

<sup>18</sup> Vide Wolff; De-Shalit, 2007.

<sup>19</sup> Vide Frederick; Loewenstein; O’Donoghue, 2002, p. 351-401.

<sup>20</sup> Vide Relatório do Desenvolvimento Humano 2013, “A Ascensão do Sul: Progresso humano num mundo diversificado”, PNUD, 2013, p. 68.



inflação, mediante táticas anacrônicas de congelamento de tarifas, desequilibrando os contratos, em lugar de reduzir os gargalos estruturais e de ampliar a produtividade. É indefensável um prédio funcionar sem alvará ou sem vistoria periódica, capaz de detectar, em tempo útil, irregularidades que podem ser fatais.

Como se observa, sofismas à parte, é perfeitamente viável saber, na maior parte das vezes, o que é prioritário, afastando os modelos disfuncionais de atuação e controle, que provocam mais custos do que valor agregado e permitem a continuidade de padrões sistemicamente inconsequentes e lesivos. Dessa maneira, o controle sustentável das prioridades avulta como imperativo. É que o princípio da sustentabilidade vincula, com eficácia negativa, a discricionariedade administrativa. Isto é, não se admite a liberdade para descumprir as funções ambientais, sociais e econômicas das decisões administrativas<sup>21</sup>. Parafraseando o art. 421 do Código Civil, a liberdade administrativa só pode ser bem exercida “em razão e nos limites” das prioridades constitucionais vinculantes, relacionadas ao desenvolvimento sustentável.

Note-se, de passagem, que a Lei de Resíduos Sólidos<sup>22</sup> estabelece a *prioridade* (art. 7º, XI), nas aquisições e contratações administrativas, para produtos reciclados ou recicláveis e para bens, serviços e obras que correspondam a parâmetros de baixo carbono. Prioridade, no enunciado normativo, não se coaduna com a singela indicação de preferência. Realmente, a adoção de política voltada à ecoeficiência (no sentido de obter mais com menos recursos naturais) é cogente.

Considerem-se, a seguir, outras implicações do novo modo de conceber o controle das prioridades constitucionais vinculantes:

(a) Os edifícios públicos passarão a ser construídos com finalidade sustentável, não apenas com a adoção de tecnologias “verdes”, Impõe-se, ainda, que tais edifícios operem, sempre que possível, como autênticas microusinas de energias renováveis, com a distribuição da energia excedente<sup>23/24</sup>. (b) As merendas

<sup>21</sup> Vide o art. 421, do Código Civil, segundo o qual a liberdade será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>22</sup> Vide Lei 12.305, de 2010.

<sup>23</sup> Vide Resolução Normativa 482, de 2012, da Aneel, sobre condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica.

<sup>24</sup> Vide, a propósito de energias renováveis na Alemanha, Rifkin, 2011.



escolares não deverão ser apenas oferecidas com a preferência de ingredientes ofertados pelos fornecedores locais, senão que precisarão ser compostas de alimentos isentos de venenos e cancerígenos<sup>25</sup>. (c) A contratação para a construção em área contaminada simplesmente não será tolerada, a menos que se proceda completa descontaminação prévia. (d) Os projetos básicos e executivos, para a contratação de obras e serviços de engenharia, estarão, desde logo, obrigados a contemplar opções redutoras dos custos de manutenção e operacionalização, não apenas os de construção. (e) Os veículos adquiridos pelo Poder Público deverão figurar entre os menos poluentes, não mais admitida a emissão em níveis nocivos de elementos tóxicos: a preferência recairá sobre veículos que adotem rigorosos controles, no intuito de enfrentar a poluição do ar que, nos grandes centros urbanos, assume proporções alarmantes<sup>26</sup>. (f) Aprofundar-se-á a sindicabilidade das políticas de mobilidade urbana, em face do aludido caráter mandatório da prioridade ao transporte público<sup>27/28</sup>. Como se afigura incontendível, o trânsito, sobretudo nas metrópoles,<sup>29</sup> é estressante testemunho da negligência crônica de planejamento sistêmico, segundo as prioridades constitucionais. (g) Em termos de compras sustentáveis, a Administração Pública fornecerá modelo inspirador de consumo,<sup>30</sup> passível de aferição em auditorias operacionais<sup>31</sup>. Dito de outro modo, a partir do levantamento de opções sustentáveis, conferir-se-á atenção ao ciclo de vida dos bens, adquirindo-se somente o necessário e zelando pela qualidade de origem e destinação, em consonância com métricas objetivas.

<sup>25</sup> Vide a experiência de Itaipu, no Programa Cultivando Água Boa, em parceria com os Municípios lindeiros ao lago.

<sup>26</sup> Comprovadamente, milhares de mortes acontecem, a cada ano, com o nexos causal diretamente formado pela contaminação do ar.

<sup>27</sup> Vide o Comunicado do IPEA 113, Poluição Veicular Atmosférica, setembro de 2011, p. 24, que aposta em alternativas tecnológicas limpas e, em lugar de políticas contraditórias que favorecem o transporte individual, reconhece a prioridade do transporte coletivo. A partir do advento da Lei de Mobilidade Urbana, em 2012, o sistema infraconstitucional consagrou essa orientação.

<sup>28</sup> Vide Stern, 2009, p. 120: "Transport and urban design policies must change (...)" Insiste, com acerto, no reconhecimento de que a emissão de gases de efeito-estufa é uma falha de mercado (p.11).

<sup>29</sup> Algumas cidades já fazem esforço meritório para vencer gargalos, como Copenhague e Oslo. Em toda parte, porém, requer-se acentuada mudança de concepção e planejamento dos centros urbanos, muitos dos quais verdadeiramente impróprios para a qualidade de vida.

<sup>30</sup> Vide Scholl; Rubik; Kalimo; Biedenkop; Söbech, 2010, p. 39-50.

<sup>31</sup> Vide, por exemplo, o Acórdão 1.752/2011, do TCU.



Em todas as aplicações mencionadas, o sopesamento fundamentado e de boa-fé dos custos diretos e indiretos converte-se em requisito-chave do controle de juridicidade das decisões administrativas, sob pena de arbitrariedade<sup>32</sup>. Como resulta cristalino, refuta-se todo e qualquer decisionismo irracional (por ação ou por omissão), dado que o controle de prioridades incorpora, de modo suficiente,<sup>33</sup> o escrutínio dos fundamentos explicitados de juridicidade sistemática<sup>34</sup> e de benefícios líquidos a longo prazo, ensejando, com isso, o salutar questionamento relativamente ao porquê e ao “timing” das escolhas efetuadas ou não efetuadas.

## 1.2 O controle e os vícios da discricionariedade administrativa

Nessa ordem de considerações, útil arrolar os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa:

(a) *o vício da discricionariedade excessiva (arbitrariedade por ação)* – hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária,<sup>35</sup> isto é, quando o agente público opta por solução desmedida, sem lastro ou amparo em regra válida. Ou quando a intervenção administrativa encontra-se, por algum motivo, desdestinada das prioridades constitucionais vinculantes. Para retomar o exemplo, as intervenções urbanas que dão prioridade ao transporte individual em detrimento do transporte coletivo configuram manifesto vício desse tipo, contrariando a Carta e a lei que a densifica<sup>36</sup>.

(b) *o vício da discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão)* - hipótese em que o agente público deixa de realizar a escolha administrativa alinhada com o incremento de prioridades constitucionais vinculantes ou o faz com procrastinação, faltando, por exemplo, com os deveres tempestivos de prevenção e precaução. Nessa modalidade, a omissão traduz-se como descumprimento, doloso

<sup>32</sup> Vide Edincott, 2011, p. 7: “A decision is arbitrary (and therefore contrary to the rule of law), if it is one that other institutions can identify as not responding to the relevant considerations.”

<sup>33</sup> No sistema europeu – conforme Galetta, 1998, p. 838 – a violação da obrigação de motivar existe não apenas quando falta motivação, mas ainda na hipótese de insuficiência qualitativa ou quantitativa.

<sup>34</sup> Sobre o tema da juridicidade como verdadeira vinculação ao Direito, vide Otero, 2003.

<sup>35</sup> Vide Pires, 2009, p. 190, ao destacar que a competência, em si, é sempre vinculada.

<sup>36</sup> Vide Lei de Mobilidade Urbana (12.587/2012), art. 6º, II.



ou culposos, das diligências mandatórias, relacionadas, por exemplo, aos deveres de matricular crianças em escola (de qualidade), de impedir tragédias evitáveis, de fornecer remédios à população desvalida ou, ainda, de cuidar da dignidade dos idosos, estimulando a longevidade ativa. O atraso no cumprimento do plano nacional de saneamento básico é outro sintoma eloquente a mostrar o quanto se precisa progredir, em termos de controle dos benefícios líquidos, a longo prazo, no combate às graves patologias (omissivas) das escolhas públicas.

Para evitar os vícios mencionados (por excesso e omissão), o agente do Estado-Administração jamais pode aderir ao mito da liberdade insindicável, ainda que a sua atuação experimente, aqui e ali, menor subordinação à legalidade estrita. Reitere-se a lição antiga (esquecida, não raro): inexistente – no dizer de Georges Vedel<sup>37</sup> – a pura discricionariedade, tampouco a pura vinculação. Ou seja, a escolha lícita ocorre no quadro das justificativas necessariamente universalizáveis e intertemporalmente consistentes.

O que não se permite é uma discricionariedade desatada, que sirva de refúgio para a baixa política. Com efeito, os direitos fundamentais (como direito à saúde – que transcende a esfera individual, nos termos do art. 196 da CF<sup>38</sup>) continuam sufocados ou precariamente atendidos, em nome da suposta discricionariedade na fixação de prioridades administrativas, em que pese o núcleo essencial dos direitos fundamentais ser inegociável, por definição<sup>39</sup>.

Nesse enfoque, impõe-se corrigir dois fenômenos simétricos igualmente nocivos: de uma parte, a vinculação que cede aos automatismos e, de outra parte, a

<sup>37</sup> Vide Vedel, 1973, p. 318-319.

<sup>38</sup> Vide, no STF, julgamento do RE/AgR 271.286.

<sup>39</sup> Hartmut Maurer (p. 124-155), reconhece que as “quatro fases” de aplicação do Direito pelas autoridades administrativas (pesquisa e determinação da situação de fato, interpretação e determinação do conteúdo das condições de fato postas pela lei para sua aplicação, subsunção e determinação da regra a aplicar) não estão separadas, mas ligadas entre si. De outra parte, entende que há poder discricionário da Administração (*Ermessen*) se esta puder, reunidas as condições de aplicação da lei, escolher entre diferentes modos de comportamento (p. 127). Aponta, a seu modo, os principais vícios no exercício do poder discricionário: (a) transgressão dos limites assinalados na disposição que conferiu o poder; (b) não-utilização (ou subutilização) do poder discricionário (*Ermessensunterschreitung*); (c) exercício defeituoso (*Ermessensfehlgebrauch*) ou abuso; e (d) violação dos direitos fundamentais e dos princípios gerais de Direito Administrativo – aproximando-se, nesse aspecto, da abordagem adotada. Todavia, admite a redução do poder discricionário a zero (*aufNull*) e a atrofia de tal poder, quando aqui se enfatizar tão-só a atenuação da liberdade, em face dos argumentos articulados.



concepção de discricionariedade tendente a dar as costas à vinculação constitucional (expressa ou implícita), minando, pela arbitrariedade interdita<sup>40</sup>, os contrapoderes indispensáveis.

Afortunadamente, já se acolhe, por exemplo, o direito à nomeação de aprovados em concurso, dentro das vagas previstas no edital, algo que seria impensável com a velha noção de discricionariedade. No entanto, faz-se indispensável avançar muito mais: exigir a discricionariedade vinculada às prioridades constitucionais, na enunciação e na implementação de *todas* as políticas públicas.

Não significa dizer que inexista competência para escolher entre opções válidas “prima facie,” mas que é forçoso abolir a indiferença crônica diante das prioridades constitucionais. Para exemplificar: há relativa liberdade para realizar esta ou aquela compra pública, mas com a condição de que se revele estritamente necessária, adequada e compatível com o exame do ciclo de vida dos produtos<sup>41</sup>. Quer dizer, a discricionariedade afigura-se indescartável, contudo serve tão-somente para colorir a performance administrativa com eficiência (CF, art. 37), eficácia (CF, art. 74) e sustentabilidade (CF, art. 225).

Decerto, a liberdade não se desfaz por essa porção de vinculação, senão que se legitima, ao deixar de fixar a residência no espaço fluido das vontades particularistas. Em outras palavras, imperativo assimilar que a liberdade somente é conferida para que a autoridade administrativa responsabilmente (sem ardis manipulatórios) adimpla as suas obrigações e o faça em tempo útil, exorcizada a posição escapista de épocas sombrias.

À vista do exposto, a Administração Pública não somente pode (a rigor, inexistem atos administrativos meramente facultativos),<sup>42</sup> mas está obrigada a

<sup>40</sup> A Constituição espanhola expressamente interdita a arbitrariedade, no art. 9.º Vide, entre outros, Fernández, 1994.

<sup>41</sup> Vide Lei 12.305, de 2010, art. 3, IV.

<sup>42</sup> Lima costumava classificar os atos administrativos em executivos, facultativos e discricionários. Em relação a estes últimos, já relativizava a liberdade: “Discricionários, finalmente, são aqueles atos respeito aos quais a autoridade administrativa, embora adscrita a prescrições não jurídicas, possui, face à regra jurídica, liberdade de determinação, quanto ao respectivo destinatário, objeto ou fim” (p. 241).



realizar contínuas avaliações de custos e benefícios abrangentes (econômicos e não econômicos) de suas iniciativas.

Desse modo, dilata-se a sindicabilidade intertemporal das decisões administrativas, sem prestar vassalagem aos atos puramente políticos, pois todos os elementos da tomada de decisão (e respectivas execuções) precisam acatar (não apenas literariamente) as diretrizes eminentes de Direito Administrativo<sup>43</sup>.

Persistem diferenças secundárias, para ilustrar, entre a discricionária revogação e a vinculada anulação dos atos administrativos: quanto aos sujeitos, somente a Administração Pública pode praticar a revogação, ao passo que a anulação pode ser efetuada tanto pela Administração como pelo Poder Judiciário. Como quer que seja - e é isso que não convém perder de vista -, inexistem os atos administrativos alheios à rede de prioridades constitucionais vinculantes, sob pena de entropia antijurídica. Isto é, a revogação, embora discricionária, encontra-se vinculada à íntegra de princípios fundamentais, o que inviabiliza qualquer resposta predeterminada quanto a possíveis efeitos dos respectivos atos de desfazimento.

Nessa ordem de considerações, os atos administrativos podem ser vantajosamente classificados como (a) atos vinculados propriamente ditos, ou seja, aqueles que devem intenso (nunca total ou automático) respeito aos requisitos formais, com escassa (residual) liberdade do agente, sem excluir a prática reflexiva; de outra parte, existem (b) atos administrativos de discricionariedade vinculada à íntegra das prioridades cogentes da Carta, a saber, aqueles que o agente público pratica mediante juízos de adequação, conveniência e oportunidade, tendo em mente encontrar a melhor (mais eficaz e com benefícios líquidos duradouros) praticabilidade das diretrizes constitucionais, sem que se mostre jamais indiferente a escolha de consequências diretas e indiretas.

---

<sup>43</sup> Vide Fagundes, 1967, que considerava vedado ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, cumprindo examiná-los sob a faceta da legalidade tão-somente, sendo este o limite do controle, quanto à extensão (p. 148). Contudo, dizia que o Judiciário é levado, embora indiretamente, ao exame do ato político (p. 166-167). Assevera, ademais, que, “ao examinar a motivação do ato, para dizer de sua validade, o juiz o aprecia sob o prisma da legalidade e não do merecimento” (p. 151), nisso diferindo de Víctor Nunes Leal (RDA 3/84). Bem de ver que tomava a legalidade em sentido amplo, isto é, no sentido de ordem jurídica, reputando finalidade como aspecto da legalidade, ainda que sejam vistos hoje como princípios distintos. Prefere, no entanto, evitar a indagação sobre se o “uso que fez do poder foi o melhor”. Aqui, afirma-se que esta indagação é mandatória, no controle dos atos administrativos.



Com nitidez, o administrador público, nos atos ditos discricionários, goza de liberdade para emitir juízos decisórios, condicionados à concretização do direito fundamental à boa administração. Não desfruta de discricionariedade ilimitada, nem padece de vinculação total: dois equívocos espelhados. Bem pensadas as coisas, a distinção entre os atos vinculados e os atos discricionários radica tão-só no atinente à intensidade do vínculo à lei como regra.

Nessa medida, considera-se insuficiente a proposição clássica de Jenkis, que concebia a política pública como simples conjunto de decisões mutuamente relacionadas, tomadas por um ator político ou vários, concernentes à seleção de objetivos e meios necessários para realizá-los<sup>44/45</sup>. Peca, sobretudo ao não atinar para a agenda prévia de políticas constitucionalizadas nas ordens democráticas.

A despeito dos seus inegáveis méritos, igualmente o ciclo de políticas públicas, segundo a descrição dos estágios de Harold Lasswell,<sup>46</sup> raqueja ao desconsiderar os significativos fatores exógenos que influenciam, de variadas formas, a tomada da decisão administrativa.

Quer dizer, o controle proporcional dos atos administrativos precisa operar com noção juridicamente refinada de políticas públicas, a saber: *são aquelas políticas constitucionais de Estado, que o governo precisa, em tempo hábil, agendar e implementar, mediante programas eficientes, eficazes e justificados intertemporalmente, em conjunto com outros atores políticos.*

Logo, o controle da discricionariedade administrativa insere-se no âmago da seleção de prioridades nas escolhas públicas<sup>47</sup>, de ordem a perquirir sobre a qualidade, a longo prazo, de projetos e soluções. *Numa síntese: a ser adotado, com rigor inédito, o controle de benefícios líquidos (diretos e indiretos) das políticas públicas, as prioridades constitucionais verão dissipadas as espessas nuvens retóricas que as envolvem.*

<sup>44</sup> Vide Jenkins, 1978.

<sup>45</sup> Vide, sobre essa definição de Jenkis, Howlet; Ramesh; Perl, 2013, p. 8.

<sup>46</sup> Vide Lasswell, 1971.

<sup>47</sup> Vide Forester; 1989. Sobre o controle jurisdicional, vide Comparato, p. 353. Vide Pires, ob.cit., p. 287. Vide Bucci, 2006. Vide Grinover, 2008, p.172.



Sem dúvida razoável, as visões antigas de controle (e sobre funções do Estado) não oferecem resposta satisfatória: cultivam a estabilidade pela estabilidade e deixam de filtrar os viesamentos. Bem por isso, a crítica dos vieses precisa ocupar o centro do novo controle tópico-sistemático<sup>48</sup> das políticas públicas, certo como é que, no mundo da vida, a escolha pública costuma ser o fruto de influências, viesamentos e pressões que não se identificam, nem de longe, com a verdadeira liberdade, entendida como a capacidade de controle reflexivo sobre os impulsos imediatistas e os vieses cognitivos (“biases”)<sup>49</sup>.

## 2 CONCLUSÕES

Para fixar, eis as principais conclusões do presente estudo:

(a) *A discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, está vinculada às prioridades constitucionais, sob pena de se converter em arbitrariedade por ação ou por omissão, solapando, desse modo, as bases racionais de conformação motivada das políticas públicas.*

(b) *O novo controle das políticas públicas, nos moldes propostos, deve considerá-las como programas precipuamente de Estado Constitucional (mais do que de governo), sem excluir a pluralidade dos atores envolvidos em matéria de sindicabilidade.*

(c) *Nos atos discricionários, o agente público, queira ou não, emite juízos de valor (escolhas no plano das consequências diretas e indiretas), no intuito (juris tantum) de imprimir eficiente e eficaz incremento das prioridades da Lei Fundamental. Daí segue que o controle da discricionariedade administrativa deve ser efetuado, com ênfase, no tocante às motivações e aos resultados, pois a discricião existe apenas para que se concretizem, com presteza adaptativa, as vinculantes finalidades constitucionais.*

(d) *No exame da discricionariedade administrativa, constata-se que a autoridade jamais desfruta de liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher)*

<sup>48</sup> Vide Freitas, 2010.

<sup>49</sup> Vide Litvak; Lerner, 2009, p. 90.



*as consequências diretas e indiretas, embora a sua atuação guarde, aqui e ali, menor subordinação à legalidade estrita do que na consumação de atos vinculados. Desse modo, alargam-se, sensivelmente, as possibilidades de controle dos porquês e do “timing” das decisões administrativas.*

*(e) Quanto mais se aprofunda tal sindicabilidade, mais se desvela o controle como poder de veto aos vieses e impulsivismos irrefletidos e não universalizáveis, nunca como instrumento do burocratismo paralisante. Assim, o administrador público, obrigado está a declinar os fundamentos para a tomada da decisão, tendo a sua conduta esquadrinhável, em termos da qualidade intertemporal das opções feitas. Como sublinhado, a liberdade é conferida apenas para que o bom administrador desempenhe a contento as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade. Nunca para o excesso, nem para a omissão procrastinatória.*

*(f) Não deve persistir o erro comum de imaginar que as políticas públicas façam parte do reino político da discricionariedade imune a controles. Na realidade, a agenda administrativa tem de ser moldada, com variações naturais, tendo em conta a realização das prioridades vinculantes. Exatamente por isso, as políticas públicas foram aqui reconcebidas como autênticos programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos meios estatais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.*

## REFERÊNCIAS

ADLER, Matthew; POSNER, Eric. **New Foundations of Cost-Benefits Analysis**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN Cass; Vermeule, Adrian; HERZ, Michael. **Administrative Law and Regulatory Policy**. 7. ed. NY: Wolters Kluwer, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, n. 737, p. 353.

EDINCOTT, Timothy. **Administrative Law**. 2. ed. Oxford University Press, 2011.



- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **De la Arbitrariedad de la Administración**. Madrid: Civitas, 1994.
- FORESTER, John. **Planning in the face of power**. Berkeley: University of California Press, 1989.
- FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; Ted O'Donoghue. Time Discounting and Time Preference: A Critical Review. **Journal of Economic Literature**, Vol. 40, No. 2, 2002, pp. 351-401.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GALETTA, Diana-Urania. **Principio di Proporzionalità e Sindacato Giurisdizionale nel Diritto Amministrativo**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, n. 8, out./dez./2008, p.172
- HOWLETT, Michael; M. Ramesh; PERL, Anthony. **Studying Public Policy**. 3. ed. Oxford University Press, 2009, Cap. II.
- IPEA. **Comunicado do IPEA 113**, Poluição Veicular Atmosférica, setembro de 2011.
- JENKINS, William. **Policy Analysis**. Londres: Martin Robertson, 1978.
- JENKIS, William; Howlet, Michael; Ramesh; PERL. Anthony. **Política Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013.
- LASSWELL, Harold. **A Pre-View of Policy Sciences**. New York: American Elsevier, 1971.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- LITVAK, Paul; Lerner, Jennifer. **Cognitive bias, The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- MAURER, Hartmut. **Droit Administratif Allemand**, Paris: LGDJ, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MORAN, Michael; REIN, Martin; Goodin, Robert (Eds.). **The Oxford Handbook of Public Policy**. Londres: Sage, 2006.
- NUSSBAUM, Martha. **Creating Capabilities**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- OSTROM, Elinor. **Governing the commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.



- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- PETERS, Guy; PIERRE, Jon (eds.). **Handbook of Public Policy**. Londres: Sage, 2006.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PNUD. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013**. “A Ascensão do Sul: Progresso humano num mundo diversificado”. PNUD, 2013.
- POSNER, Eric. Controlling agencies with cost-benefit analysis. **University of Chicago Law Review**, V. 68, n. 4, 2001, p. 1.137-1.199.
- RIFKIN, Jeremy. **The Third Industrial Revolution: How Lateral Power Is Transforming Energy, the Economy, and the World**. NY: Palgrave Macmillan, 2011.
- SARAIVA, Enrique; Ferrarezi, Elisabete (Orgs.). **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006. v. 1.
- SCHOLL, Gerd; RUBIK, Frieder; KALIMO, Harri; BIEDENKOP, Katja; SÖEBECH, Ólöf. Policies to promote sustainable consumption: innovative approaches in Europe. **Natural Resources Forum**, V. 34, fevereiro de 2010, p. 39-50.
- STERN, Nicholas. **The Global Deal**. NY: Public Affairs, 2009.
- VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1973.
- WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto. **Verwaltungsrecht**. vol. I. Munique: C. H. Beck'scheVerlag, 1974.
- WOLFF, Jonatham; DE-SHALIT, Avner. **Disadvantage**. NY: Oxford University Press, 2007.