



# AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

*Juarez Freitas\**

## **Resumo**

Em nosso modelo constitucional, as políticas públicas obrigatoriamente devem ser implementadas e controladas à base de prioridades constitucionais vinculantes e do direito fundamental à boa administração pública. Nessa perspectiva, as políticas serão escrutinadas, de modo independente, no intuito de que apresentem benefícios líquidos (sociais, econômicos e ambientais). Em outras palavras, não pode haver indiferença dos controles no tocante à qualidade jurídica “*latu sensu*” da motivação (explicitação de fundamentos fáticos e jurídicos) e dos propósitos e resultados das políticas efetivamente aplicadas, especialmente se estas se revelarem, por ações ou omissões, causadoras de danos certos, especiais e anômalos.

## **Palavras-chave**

Políticas públicas. Direito fundamental à boa administração. Discricionariedade administrativa. Controle da Administração Pública.

## **PUBLIC POLICIES AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION**

## **Abstract**

In our constitutional model, public policies must be implemented and controlled based on binding constitutional priorities and, in this perspective, scrutinized with a purpose of presenting net benefits (social, economic and environmental). In other words, there can be no indifference regarding the legal status of motivation (explicit factual and legal grounds) and the results of policies “*broad sense*”, especially if they are causing damages (certain, special and anomalous).

## **Keywords**

Public policies. Fundamental right to good administration. Administrative discretion. Public Administration control.

---

\* Prof. Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Prof. 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, membro nato do IBDA, Advogado, Parecerista.

## 1. INTRODUÇÃO

Antes que seja tarde, o Estado brasileiro precisa começar a incorporar uma agenda efetivamente capaz de compatibilizar o desenvolvimento e a sustentabilidade, a poupança doméstica e o investimento, o culto às prioridades constitucionais e o devido senso de urgência, mediante imparcial avaliação mensurável (preliminar e sucessiva) das políticas públicas, com a meta de que os seus benefícios (diretos e indiretos), para presentes e futuras gerações, ultrapassem os seus custos, aí incluídas as externalidades negativas.

Urge, pois, instaurar uma série de novos hábitos no bojo das relações administrativas, libertando-as dos vícios associados ao abuso patrimonialista dos programas exclusivamente de curto prazo. Trata-se de erguer um modelo de gestão alicerçado no controle autônomo (o mais possível, alheio às pressões partidárias) de sustentabilidade e legitimidade das políticas públicas, na trilha de cobrar uma motivação intertemporal consistente dos atos discricionários e vinculados, ao oposto da ancoragem ilusória no formalismo ingênuo e na liberdade irrestrita cunhada pelo decisionismo irracional do “power state” autoritário.<sup>1</sup>

Tudo sem prejuízo de profunda reformulação da teoria da responsabilidade do Estado, em consórcio com o ampliado entendimento da proporcionalidade como vedação simultânea de danos causados por demasias e omissões. Consoante a nova perspectiva, não remanesce espaço para a discricionariedade desmesurada, nem para a discricionariedade omissa. Em outro dizer, na tomada da decisão administrativa, o agente estatal “lato sensu” terá de cumprir o isento dever de oferecer boas razões de fato e de direito, já na enunciação, já na implementação das políticas estatais.

Juridicamente, a legitimidade das políticas (conformidade com a tábua axiológica da Constituição e os seus objetivos concomitantes de justiça e desenvolvimento sustentável<sup>2</sup>) pressupõe a observância de obrigações resumidas no direito fundamental à boa administração, cujo conceito (levando em conta a sua fundamentalidade<sup>3</sup>) será explicitado a seguir.

Pressupõe, ademais, a geração de ambiente institucional amigável para os investimentos produtivos, com aguda redução dos entraves oriundos do burocratismo e da quebra reiterada de confiança. Pressupõe, sem tardar, siner-

---

<sup>1</sup> Cf., sobre “power state”, Alfred Zimmern in *Quo vadimus*. Oxford: Oxford University Press, 1934.

<sup>2</sup> Cf., para tentativa dessa compatibilização, Amartya Sen in *The idea of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

<sup>3</sup> Cf., entre outros, Xavier Groussot e Laurent Pech in “Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty”, *Foundation Robert Schuman/European*, Issue 173, junho, 2010. Cf. Joana Mendes in “Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behavior” *EUI Working Papers LAW*. European University Institute, 2009.

gia entre as políticas e o estabelecimento pactuado de metas monitoráveis objetivamente, em horizonte ampliado. Pressupõe, enfim, o enraizamento, em alta escala, dos princípios de boa governança,<sup>4</sup> com inovação de escopo, transparência, controle participativo e, apesar dos riscos tecnocráticos, do rigoroso escrutínio retrospectivo<sup>5</sup> e prospectivo.

Trata-se de assumir, com ênfase inédita, a sindicabilidade, com os olhos fitos nos princípios da boa administração,<sup>6</sup> assimilados como autênticos nortes vinculativos, em lugar do desleixo tradicional. Nesse aspecto, a discricionariedade legítima requer (ao mesmo tempo, suscita) o protagonismo, em rede, na afirmação do desenvolvimento duradouro (CF, arts. 225 e 170,VI), o qual não se coaduna com o mito da oposição inconciliável entre os domínios do econômico e do socioambiental. Apenas para ilustrar: em nosso sistema, a própria atividade financeira (pública e privada) está proibida de ignorar os riscos ambientais<sup>7</sup>.

Para além disso, intenta-se o Estado que timbra pelo resguardo da processualização devida, com a observância de duração razoável.<sup>8</sup> Almeja-se o Estado da racionalidade aberta, não-cartesiana, em vez do predomínio senhorial, subproduto do patrimonialismo, avesso à ativação de direitos fundamentais de todas as dimensões. Não é de estranhar, na linha esposada, que, em circunstância de antinomia entre o direito à saúde e o regime de impenhorabilidade de bens públicos, prepondere o primeiro, determinando o bloqueio de verbas públicas como meio excepcional de tutela.<sup>9</sup> Em casos assim, eclipsam-se determinadas regras em prol do primado tópico-sistemático dos direitos fundamentais.

---

<sup>4</sup> Cf. o art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa. Neste, entre os princípios, proporcionalidade ao objetivo em vista (art.6º), objetividade (art.9º), prazo razoável para decisões (art.16) e dever de indicar os motivos (art.18).

<sup>5</sup> Cf., sobre as vantagens da análise retrospectiva, Cass Sunstein in “The Regulatory Lookback”, Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, 2013.

<sup>6</sup> Cf., no sistema britânico, Principles of Good Administration: “Good administration by public bodies means: 1 Getting it right; 2 Being customer focused; 3 Being open and accountable; 4 Acting fairly and proportionately; 5 Putting things right; 6 Seeking continuous improvement. Sobre proporcionalidade, em termos europeus mais amplos, v.Takis Tridimas in The General Principles of EC Law. 2a ed.NY: Oxford University Press, 2006, pp136-249.

<sup>7</sup> Cf., para ilustrar, Resolução 4.327, de 25 de abril de 2014, do Bacen.

<sup>8</sup> A propósito, v. o julgamento da AMS 2006.72.00.003920-0, no TRF-4ª Região, no qual foi reconhecida a nulidade de auto de infração, entre outras razões, porque o órgão ambiental não havia concluído o processo administrativo, violando o direito à razoável duração.

<sup>9</sup> Cf., por exemplo, REsp 840.782-RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki.

## 2. POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado Constitucional, em sua presumível afirmação da cidadania (não necessariamente de modo linear),<sup>10</sup> possui o compromisso indeclinável de prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, compreendido nesses termos: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade de princípios constitucionais e correspondentes prioridades.

Observado de maneira atenta, o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese,<sup>11</sup> ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos. No conceito proposto, abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos:

(a) o direito à administração pública transparente, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não-definitivamente), com especial destaque para o direito a informações<sup>12</sup> inteligíveis, inclusive sobre a execução orçamentária<sup>13</sup> e sobre o processo de tomada das decisões administrativas que afetarem direitos;<sup>14</sup>

(b) o direito à administração pública sustentável, que implica fazer preponderar, inclusive no campo regulatório, o princípio constitucional da sustentabilidade, que determina a preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de molde a assegurar o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar multidimensional.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> Cf., sobre os elementos da cidadania, Thomas Humphrey Marshall in *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950. Para contraste, vide Sérgio B.F. Tavorolo, Lília G.M. Tavorolo in “A cidadania sob o signo do desvio: Para uma crítica da ‘tese de excepcionalidade brasileira.’” *Soc.Estado*, Vol. 25, n.2, Brasília, May/Aug., 2010.

<sup>11</sup> Sobre o tema, no contexto europeu, em face do art. 41 da Carta de Nice, v., por exemplo, Diana-Urania Galetta, “Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 3-4/819-857.

<sup>12</sup> Cf. Lei de Acesso à Informação (12.527/2011).

<sup>13</sup> Cf. Lei Complementar 101/2000, art. 48.

<sup>14</sup> Cf. Lei 9.784/99, art.3.º

<sup>15</sup> Cf. Juarez Freitas in *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2ª ed., BH: Fórum, 2012.

(c) o direito à administração pública dialógica, com amplas garantias de contraditório e ampla defesa — é dizer, do respeito ao devido processo, com duração razoável e motivação explícita, clara e congruente;

(d) o direito à administração pública imparcial e o mais desviesada possível,<sup>16</sup> isto é, aquela que, filtrando os desvios cognitivos, não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo tempo, promove discriminações inversas ou positivas (reduzoras das desigualdades iníquas);

(e) o direito à administração pública proba, que veda condutas éticas não-universalizáveis ou a confusão entre o legal e o moral, uma vez tais esferas se vinculam, mas são distintas;

(f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, ou seja, que não se rende à “absolutização” irrefletida das regras;

(g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas economicamente eficiente), eis que comprometida com resultados compatíveis com os indicadores de qualidade de vida, em horizonte de longa duração.

Tais direitos não excluem outros,<sup>17</sup> pois se cuida de “*standard mínimo*.”<sup>18</sup> Por certo, precisam ser tutelados em bloco, no intuito de que a discricionariedade não conspire letalmente contra o aludido direito fundamental à boa administração.

---

<sup>16</sup> Não se confundem *imparcialidade* e *neutralidade*. Para a distinção, embora na seara judicial, v. José Carlos Barbosa Moreira, “Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz”, *RJ* 250/6-13.

<sup>17</sup> Cf. Klara Klanska in “Towards administrative human rights in the EU impact of the Charter of Fundamental Rights”, *European Law Journal* 10/296-326, 2004.

<sup>18</sup> Para usar expressão, em contexto assemelhado, de Meinhard Hilf (“Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union”, “Sonderbeilage” zu *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, Heft 49).

Em outras palavras: as escolhas administrativas serão legítimas se — e somente se — forem sistematicamente eficazes,<sup>19</sup> sustentáveis, motivadas, proporcionais,<sup>20</sup> transparentes,<sup>21</sup> imparciais<sup>22</sup> e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.

A efetividade do direito fundamental à boa administração enfrenta hoje uma tríade de pré-compreensões adversas. Em primeiro lugar, observa-se a crença infundada de que as políticas públicas pertenceriam ao reino da discricionariedade insindiacável, como se as escolhas políticas (e, por vezes, as omissões), embora manifestamente viciadas, não fossem catalogáveis como inconstitucionais. Erro típico da mentalidade refratária aos contrapoderes de controle. Constata-se, em segundo lugar, a proposição, não menos equivocada, de que a separação de poderes representaria autêntica carta branca para os gestores públicos, os quais apenas seriam controláveis pelas urnas, no tocante às escolhas feitas, como se a higidez das prioridades concretamente adotadas fosse matéria reservada ao processo eleitoral, cujas distorções de financiamento e de ordem cognitiva conspiram, frequentes vezes, contra o cerne da Constituição. Erro característico dos que consideram legítimo e juridicamente seguro apenas aquilo que for produzido por legisladores e governantes eleitos, numa concepção demasiado acanhada do processo de deliberação democrática. Naturalmente, não se subestimam as dificuldades contramajoritárias, mas convém, diante das omissões inconstitucionais ou das violações agressivas a direitos individuais e coletivos, não superestimar as “virtudes passivas” de Bickel.<sup>23</sup> Persiste, por último, o postulado ilógico de que os controles (externo,

---

<sup>19</sup> Engana-se quem supõe que a Constituição, ao consagrar o princípio da eficiência (art. 37, com o advento da Emenda 19/1998), excluiu o princípio da eficácia. Ao contrário. O aludido princípio consta expressamente no art. 74 da CF. Portanto – disputas semânticas à parte –, o direito subjetivo público à eficácia merece definitivo reconhecimento. Integra o direito fundamental à boa administração pública, já que consiste justamente em incrementar a gestão pública, de maneira que a administração escolha fazer o que constitucionalmente deve fazer (conceito de eficácia, sob inspiração de Peter Drucker), em lugar de apenas fazer bem ou eficientemente aquilo que, não raro, se encontra contaminado. Motivo precípua de se falar em eficácia: avolumam-se os casos de discricionariedade administrativa ineficaz.

<sup>20</sup> Ainda que o Poder Judiciário não aprecie diretamente o mérito, verifica se viola, ou não, princípios, tais como o da proporcionalidade, inclusive no tocante à compatibilidade entre cargos em comissão e cargos efetivos. V., para ilustrar, o julgamento do STF no AgR RE 365.368-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>21</sup> V. Têmis Limberger, “Transparência e novas tecnologias”, *IP* 39/56 e ss.

<sup>22</sup> A respeito – esclarece Diana-Urania Galetta –, a jurisprudência da Comunidade Europeia “ha sottolineato come il presupposto per una decisione imparziale, che sia espressione del principio di buona amministrazione, è che siano presi in considerazione ‘(...) tutti gli elementi di fatto e di diritto disponibili al momento dell’adozione dell’atto’, poiché sussiste l’obbligo di predisporre la decisione ‘(...) con tutta la diligenza richiesta e di adottarla prendendo a fondamento tutti i dati idonei ad incidere sul risultato” (“Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 3-4/825).

<sup>23</sup> Cf. Alexander M. Bickel in *The Last Dangerous Branch*. 2a ed., New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp 111-198.

interno e jurisdicional), em que pese serem autônomos e tendencialmente menos presos à lógica do patrimonialismo, não deveriam levar a cabo o exame jurídico da congruência e da coerência dos propósitos<sup>24</sup> das medidas políticas, em assombroso convite à condescendência com o “status quo”. Não por acaso, os que assim pensam, parecem não se importar, por exemplo, com a tardança vexatória na abolição da escravatura no Brasil ou na derrubada da segregação racial, nos Estados Unidos<sup>25</sup>.

Detecta-se, em todas essas pré-compreensões, a subjacente heurística de que a discricionariedade do administrador público estaria como que dispensada do cotejo com a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração. Ao lado desse evidente desvio cognitivo, subsiste a afirmação sem qualquer lastro de que os controles (inclusive o judicial), perante inequívoca vulneração dos direitos fundamentais, extrapolariam se agissem positivamente (ainda que de modo transitório), apesar da interdependência dos poderes.

Vencidos tais vieses, defende-se aqui o controle, acima de tudo, como defesa congruente e consistente das prioridades<sup>26</sup> cogentes da Carta, encarnados no direito fundamental à boa administração. Nada menos e nada mais. Com efeito, decisionismos arbitrários à parte, não faz sentido (numa ordem aberta, pluralista e de poderes entrelaçados) postular o controle que se absteinha perante crônicas violações, perpetradas sob o véu da discricionariedade.

Em definitivo, cumpre assimilar que o conteúdo das políticas públicas não pode ser estipulado exclusivamente por governantes ou legisladores, com a coadjuvância opaca e subalterna dos outros atores constitucionais, pois a Constituição, por mais ambígua e contraditória, não é pacote onírico de promessas soltas ao vento, ao sabor da faculdade de querer dos líderes políticos. Em outras palavras, a Carta, à vista da sua continuidade normativa, reclama acatamento seguro contra volatilidades. Trata-se de acolher o caráter heterônimo da tábua constitucional de prioridades conformadoras e limitadoras de preferências contingentes.

A Constituição fixa, expressa ou tacitamente, prioridades vinculativas de partida. E o faz de modo a estatuir, em alguns casos, até “absoluta prioridade” (ex.: CF, art. 227), na enunciação e na implementação de determinadas

---

<sup>24</sup> Cf., para ilustrar a discussão norte-americana, Stephen Breyer (“purpose oriented”), in *Making our democracy work*. NY: Alfred Knoff, 2010. Noutro polo, com os seus cânones excessivamente textualistas, vide Antonin Scalia e Bryan Garner in *Reading Law*. St.Paul: Thomson/West, 2012.

<sup>25</sup> Cf., por exemplo, Michael Klarman in *Brown of Education and the Civil Rights Movement*. NY: Oxford University Press, 2007, pp 3-53.

<sup>26</sup> Considera-se viável superar, de modo fundamentado, as dificuldades na eleição das diretivas preferenciais comparativas, analiticamente arroladas por Pierluigi Chiasoni in *Técnicas de interpretação jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp 125-130.

políticas. Nesse quadro, impende rever, em tons precisos, os contornos do escrutínio das decisões públicas. O que se almeja é, por assim dizer, a consagração da liberdade republicana<sup>27</sup> (não oligárquica, patrimonialista e autoritária), exercida a partir de inferências válidas, no contexto da escolha raciocinada de prioridades, em vez das lamentáveis e ideológicas desdestinações, que a política convencional engendra em profusão, sobretudo quando o engano e o autoengano parecem industrialmente fabricados.<sup>28</sup>

Não se admite, pois, embaralhar, com ingenuidade frívola, a liberdade constitucional democrática (imparcial, balanceada e comedida) com a falsa liberdade (no fundo, liberticida), que caracteriza as opções patrimonialistas típicas, as quais resultam ora em escolhas agressivamente abusivas, ora em escolhas claramente deficitárias, morosas e até em não-decisões.

Mais: seja qual for o modelo decisório adotado,<sup>29</sup> a escolha caracterizada pela validade e pela confiabilidade<sup>30</sup>, terá de, por força e direito, redundar na primazia intertemporal dos benefícios líquidos, econômicos e não-econômicos.<sup>31</sup> Quer dizer, importa, não somente em situações-limite, syndicar a escolha (dos meios necessários e adequados, assim como dos propósitos e das prioridades), entendida a liberdade decisória como poder-dever atribuído aos agentes públicos para que efetuem as melhores opções entre as várias admissíveis, desde que com sobrepujantes benefícios diretos e indiretos.

Imprescindível que os controles não permaneçam indiferentes diante de inatividades prestacionais concretas,<sup>32</sup> nem diante de manobras astuciosas e desavindas de qualquer amparo nas prioridades constitucionais.

Nesse prisma, as políticas públicas não devem mais ser vistas como meros programas governamentais mais ou menos livres, ao gosto dos eleitos e de seus patrocinadores. São, na realidade, programas constitucionais que incumbe ao agente público implementar, de maneira estilisticamente nuancada,<sup>33</sup> mas sem retrocesso. Compreendidas nessa acepção, inventariam-se, por exemplo, certas prioridades-guia, que desfrutavam de robusto enraizamento no

---

<sup>27</sup> Cf. Raymundo Faoro in República inacabada. SP: Globo, 2007.

<sup>28</sup> Cf., sobre autoengano, Robert Trivers in Natural Selection and Social Theory. Oxford: Oxford University Press, 2002.

<sup>29</sup> Cf., sobre os modelos de racionalidade, Bruno Dente e Joan Subirats in Decisiones Públicas. Madrid: Ariel, 2014, pp 53-68.

<sup>30</sup> Cf., sobre confiabilidade e validade, Lee Epstein e Gary King in Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência. SP: FGV, 2013, p.105.

<sup>31</sup> Cf., sobre esse tipo de controle, Stephen Breyer, Richard Stewart, Cass Sunstein, Adrian Vermeule e Michael Herz in Administrative Law and Regulatory Policy. 7a ed. NY: Wolters Kluwer, 2011, p. 10.

<sup>32</sup> Cf., no contexto espanhol, Ricardo de Vicente Domingo in La inactividad administrativa prestacional y su control judicial. Madrid: Civitas, Thompson Reuters, 2014, especialmente por seus comentários sobre o art. 29 da Lei de Jurisdição Contenciosa-administrativa, de 1998.

<sup>33</sup> Cf., sobre estilos diferenciados, Jeremy Richardson (ed.) in Policy Stiles in Western Europe. London: George Allen&Unwin, 1982.

texto e no espírito da Carta: (I) a prioridade das políticas endereçadas ao desenvolvimento sustentável sobre aquelas voltadas apenas para o crescimento econômico imediato (CF, art.225); (II) a prioridade das políticas voltadas para a eficácia do núcleo dos direitos fundamentais sobre aquelas destinadas a assegurar pleitos não fundamentais; (III) a prioridade das políticas dotadas de responsabilidade intertemporal e intergeracional sobre aquelas que se preocupam só com a geração presente (ou com a próxima eleição); (IV) a prioridade das políticas de benefícios líquidos sobre aquelas cujos custos sociais, ambientais e econômicos ultrapassam os eventuais ganhos (diretos e indiretos); (V) a prioridade das políticas explicitamente justificadas sobre aquelas de motivação elusiva; (VI) a prioridade das políticas alinhadas, tópico-sistematicamente, com os objetivos fundamentais da Carta (art.3º) sobre aquelas transitórias e não universalizáveis; (VII) a prioridade das políticas redutoras de iniquidades sobre aquelas que cultivam cegamente o mercado, a despeito de suas estridentes falhas.

Nessas circunstâncias,<sup>34</sup>força rever a categoria da discricionariedade, em seus grandes traços,<sup>35</sup>com o desiderato de realinhá-la ao caráter vinculante das políticas públicas, independente de polarizações extremistas. Seria, de fato, errôneo conceber a discricionariedade como irrestrita liberdade para emitir juízos de conveniência ou oportunidade quanto à prática, ou não, de certas políticas, como se estas não fossem mensuráveis. Na verdade, as opções válidas “prima facie” nunca são indiferentes. Pode-se, desse modo, reconceituar a discricionariedade administrativa como a competência (não mera faculdade) de avaliar e eleger, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) de determinados programas preliminarmente estabelecidos, com observância justificada (interna e externamente<sup>36</sup>) de prioridades constitucionais, no uso pertinente e eficaz dos recursos disponíveis.<sup>37</sup>

Dito de outro modo, em nosso modelo constitucional, as políticas públicas obrigatoriamente devem ser implementadas e controladas à base de prioridades constitucionais vinculantes e, nessa perspectiva, escrutinadas sem passivismo, no intuito de que apresentem benefícios líquidos (sociais, econômicos e ambientais). Em outras palavras, não pode haver indiferença no tocante à qualidade jurídica “lato sensu” da motivação e dos propósitos das políticas

---

<sup>34</sup> Cf. Juarez Freitas, com detalhe, in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, Caps. 6 e 11.

<sup>35</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello in *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 9ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 10.

<sup>36</sup> Cf., entre outros, por seu pioneirismo, sobre justificação externa e interna, Jerzy Wróblewski in “Legal decision and its justification.” *Logique et analyses*, Vol.14, n. 53-54, 1971. Cf., para analítica mirada de conjunto, Pierluigi Chiarosoni in *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

<sup>37</sup> Cf., sobre recursos políticos, econômicos, legais e cognitivos, Bruno Dente e Joan Subirats in *ob.cit.*, pp 86-106.

aplicadas, especialmente se estas se revelarem, por ações ou omissões, causadoras de danos certos, especiais e anômalos.

Nesse panorama, o controle do Estado Democrático, não esquecendo de ver “a trave no próprio olho”, precisa fazer as vezes de “administrador negativo” e, ao mesmo tempo, de ativador dos direitos fundamentais de gerações presentes e futuras.

Sem exceção, o controle do vício ou do “demérito” pode-deve alcançar até a incoerência da conduta administrativa, à luz das prioridades constitucionais vinculantes. É ponto nodal: não se aceita uma motivação débil, pois se exige uma justificação congruente, salvo se se tratar de atos de mero expediente, autodecifráveis e naqueles excepcionais casos em que a Constituição admitir falta de motivação (exemplo: nomeação para cargos em comissão). Todos, porém, devem ser, no mínimo, motiváveis, vale dizer, passíveis de aprovação no teste de racionalidade intersubjetiva, coibida toda e qualquer arbitrariedade, inclusive a do controle.

Há, de fato, enormes desvantagens na precariedade exacerbada e na exagerada preferência pelo presente,<sup>38</sup> nas escolhas intertemporais do Estado-administração, ecos do paradigma tardio do direito administrativo voluntarista e livre de prestar contas sobre os custos sociais futuros.<sup>39</sup> Decerto, o máximo vinculativo pode até ser inimigo da boa administração (por exemplo, seria erro adotar orçamento rigidamente vinculado), mas se revela irremissível, no Estado contemporâneo,<sup>40</sup> deixar de cobrar a vinculação das escolhas administrativas ao primado objetivo dos direitos fundamentais, de modo a compatibilizar<sup>41</sup> o desenvolvimento econômico, o bem-estar social e o equilíbrio ecológico.

Não se admite, sob nenhuma hipótese, uma discricionariedade distraída do direito fundamental à boa administração e dos seus fins entrelaçados: equidade inclusiva, combate às falhas de mercado e de governo, sustentabilidade eficaz do bem-estar social, ambiental e econômico das gerações presentes e futuras.

Na ótica adotada, o Estado Constitucional prescreve uma espécie de controle administrativo de constitucionalidade da implementação das políticas públicas, tarefa a ser cumprida, de ofício, pela Administração Pública e pe-

---

<sup>38</sup> Cf. George Loewenstein e Richard Thaler in “Anomalies: Intertemporal Choice”, *Journal of Economic Perspectives* 3, 1989, pp. 181-193.

<sup>39</sup> Cf., sobre os custos sociais, Richard Titmuss in *Social Policy*. NY: Pantheon Books, 1974, Cap.5.

<sup>40</sup> Cf., sobre parcela dos desafios estatais no século em curso, Christopher Pierson in *The Modern State*. 3ª ed, NY: Routledge, 2013.

<sup>41</sup> Cf., sobre eficiência como um dos objetivos estatais, ao lado da equidade e de “administrative feasibility”, Nicholas Barr in *The Economics of the Welfare State*. 5a. ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, pp.10-12.

los controles em geral, não apenas os jurisdicionais. Enfrenta-se, com este redesenho do controle, a sofreguidão pantanosa da discricionariedade sem métrica, avessa à contínua avaliação de longo prazo.

Nessa ordem de considerações, útil fixar os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa. Ei-los, em grande traços: (a) o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação) — hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária, isto é, quando o agente público opta por solução sem lastro ou amparo em regra válida. Ou quando a atuação administrativa se encontra, por algum motivo, enviesada e desdestinada (desvio abusivo das finalidades constitucionais e/ou legais); (b) o vício da discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão) — hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância, notadamente ao faltar com os deveres de prevenção e de precaução, além das obrigações redistributivas. Nessa modalidade igualmente antijurídica, a omissão — verdadeiro dardo que atinge as prioridades vinculantes — traduz-se como descumprimento de diligências impositivas. Para citar palpitante exemplo, tome-se o dever público de matricular crianças em idade pré-escolar na creche. Ora, não se pode deixar de fazê-lo, por mero juízo de conveniência ou oportunidade, sob pena de cometimento do mencionado vício da discricionariedade insuficiente. E mais: cobra-se o controle de qualidade (cognitiva e de “soft skills”) da educação oferecida.

Como se preconiza, todos os atos administrativos,<sup>42</sup> ao menos negativa ou mediatamente, são controláveis, e os vícios de omissão também precisam ser combatidos de modo vigoroso e fora de qualquer condescendência, a despeito da baixa tradição na matéria. Induvidoso que a conduta administrativa (vinculada ou discricionária) apenas se justifica, por definição, se imantada pelo primado do direito fundamental à boa administração, com tudo que representa.

Pode-se, à base do articulado, entender o ato administrativo legítimo como a declaração de vontade da administração pública *lato sensu*, ou de quem exerça atividade por ela delegada, de natureza infralegal (em regra<sup>43</sup>), com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico, em sintonia com o direito fundamental à boa administração, direta e imediatamente eficaz.

Nessa linha, são requisitos de juridicidade dos atos administrativos (mais que de vigência e validade), sob pena de degradação dos princípios e

---

<sup>42</sup> Caracterizam-se aqui os atos administrativos como atos jurídicos expedidos por agentes públicos (incluídos os que atuam por delegação), no exercício das atividades de administração pública (inconfundíveis com atos jurisdicionais ou legislativos), cuja regência, até quando envolvem atividade de exploração econômica, resulta matizada por regras publicistas.

<sup>43</sup> O sistema constitucional, por exceção, passou a admitir atos administrativos “autônomos”, com o advento das Emendas Constitucionais 32 e 45.

direitos fundamentais: (a) a prática por sujeito capaz e investido de competência (irrenunciável, exceto nas hipóteses legais de avocação e de delegação); (b) a consecução eficiente e eficaz dos melhores resultados contextuais, nos limites da Constituição (isto é, a exteriorização de propósitos de acordo com as prioridades constitucionais vinculantes, de modo sustentável, com a necessária compatibilização prática entre equidade e eficiência); (c) a observância da forma, sem sucumbir aos formalismos teratológicos; (d) a devida e suficiente justificação das premissas do silogismo dialético decisório, com a indicação clara dos motivos (fatos e fundamentos jurídicos); (e) o objeto determinável, possível e lícito em sentido amplo.

À luz desses requisitos (mais substanciais do que de forma), inadiável recalibrar a amplitude de sindicabilidade dos atos administrativos. De fato, o ato administrativo precisa estar em conexão explícita com o plexo de princípios constitucionais, o que só engrandece a missão dos controles independentes: a liberdade do administrador terá de ser constitucionalmente defensável, não bastando ser legal. Importa, a partir daí, reorientar o controle da discricionariedade, presentes as premissas acima.

Indispensável, assim, sobrepassar a labiríntica e improdutiva tendência de controle unidimensional, legalista e despreocupado com o monitoramento autônomo e objetivo de resultados e benefícios diretos e indiretos, a longo prazo.

Milita, sem dúvida, a favor dessa mudança de modelo um conceito mais completo de políticas públicas.

As políticas públicas e a discricionariedade administrativa, imantadas pelo direito à boa administração, passam à condição de categorias entrelaçadas, no intuito de que as prioridades constitucionais vinculantes, graças ao controle (retrospectivo e prospectivo) de benefícios líquidos, alcancem empírica compatibilidade com os elevados padrões do desenvolvimento sustentável. Força sublinhar que, sofismas à parte, o Estado Constitucional consagra, explícitas e implícitas, *prioridades vinculantes* a serem observadas, de modo criterioso, na enunciação e na implementação das políticas públicas.

Crucial que o escrutínio independente das escolhas públicas esteja endereçado, racionalmente, ao adimplemento de prioridades encapsuladas no direito fundamental à boa administração pública.<sup>44</sup> Com efeito, a margem de escolha das consequências (diretas e indiretas), conferida a sujeito competente (ao lado da discricção cognitiva para fixar o conteúdo de conceitos indeterminados), não se coaduna com falsas liberdades, tais como aquelas que redun-

---

<sup>44</sup> Cf. Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5ª ed., SP: Malheiros, 2013. Do mesmo autor, vide *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3ª ed., SP: Malheiros, 2014.

dam em obras inúteis e superfaturadas, desregulações temerárias, ilusionismos contábeis, compras insustentáveis e empréstimos públicos distraídos de finalidades constitucionais. Ao assinalar que a discricionariedade administrativa precisa estar, em alto grau, vinculada, de modo expresse, às prioridades vinculantes da Carta, quer-se deixar nítido que a escolha administrativa, com o selo da discricionariedade legítima, só pode ser aquela decorrente da justa apreciação intertemporal dos custos e benefícios diretos e indiretos, nas fronteiras da juridicidade em sentido lato, que inclui a tutela de valores não-econômicos,<sup>45</sup> à diferença do cogitado pela análise utilitarista clássica de custo-benefício.

Será, pois, legítima aquela decisão administrativa que resguardar as regras legais (atribuidoras da liberdade de escolha) e, simultaneamente, a conformidade com o sistema inteiro (nos limites dos poderes atribuídos aos atores públicos para que realizem as melhores opções). Na agenda das políticas públicas, subsiste tão-somente uma restrita (não propriamente residual) liberdade conformadora, pois 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 inequívoca 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 (CF, art. 70) exige uma estimativa prospectiva. Tampouco pode ser tido como indiferente conceber o mercado como se fosse, por si só, resiliente ou assumir o pleno reconhecimento das suas falhas, uma vez que não há como, sobremodo após a crise de 2008, ignorar as externalidades negativas, as informações privilegiadas e o poder dominante.

Nessas circunstâncias, 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>46</sup> É que não faz sentido a tese mesmerizada pela insindicabilidade do cerne político dos programas administrativos, porque o juízo de conveniência requer invariavelmente uma motivação intertemporal, sujeita ao crivo das avaliações independentes de impactos sistêmicos e de custos-benefícios (não apenas econômicos).<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Cf. Stephen Breyer, Richard Stewart, Cass Sunstein, Adrian Vermeule e Michael Herz in *Administrative Law and Regulatory Policy*. 7a ed. NY: Wolters Kluwer, 2011, p. 10.

<sup>46</sup> Cf., para uma crítica ao PIB e proposta de “counter-theory”, Martha Nussbaum in *Creating Capabilities*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, pp. 46-50.

<sup>47</sup> Cf., para ilustrar, Eric Posner in “Controlling agencies with cost-benefit analysis”. *University of Chicago Law Review*, V. 68, n.4, 2001, pp 1137-1199,

Em suma, não se aceitam, em ordens realmente democráticas, os atos puramente discricionários, típicos do patrimonialismo de extração subjetivista, assim 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 o foco no crescente adimplemento dos deveres de enunciação e implementação, em tempo útil, das políticas prioritárias do 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.

O ponto é que não se coaduna com a efetividade do direito fundamental à boa administração uma discricionariedade administrativa vulnerável aos cantos de sereia que depreciam a liberdade como poder de veto sobre os impulsos e pontos cegos de curto prazo. Nesse enfoque, reconceituam-se, com vantagem científica, as políticas públicas como aqueles programas que o Poder Público, nas relações administrativas, deve enunciar e implementar 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, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

Quer dizer, o controle das políticas públicas, imantado pelo direito fundamental à boa administração pública, requer o escrutínio em inovadores termos, 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, ao longo do tempo, dos benefícios no cotejo com os custos sociais, ambientais e econômicos.

Convém reiterar a imprescindível redefinição do exame de custo-benefício para que este se converta em escrutínio que transcenda os ditames da eficiência econômica, conferindo primazia ao bem-estar multidimensional.<sup>48</sup> Nesse aspecto, faz-se imperiosa a inclusão do desenvolvimento sustentável entre as prioridades constitucionais<sup>49</sup> (CF, art. 225, combinado com 170, VI), com a capacitação dos agentes públicos para que se tornem exímios na ciência

---

<sup>48</sup> Cf., para uma redefinição da análise de custo-benefício em favor do bem-estar, Matthew Adler e Eric Posner in *New Foundations of Cost-Benefits Analysis*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

<sup>49</sup> Cf., sobre o papel da Constituição como fonte, numa perspectiva comparada, Bertrand Seiller in *Droit Administratif. Les sources et le juge*. 5ª ed. Paris: Flammarion, 2013.

retrospectiva e prospectiva de estimar os interdependentes ganhos sociais, ambientais e econômicos.

Tal controle genuinamente qualitativo e de largo espectro é o que se revela hábil para, gradualmente, desconstruir as falácias subjacentes às decisões perpetuadoras de oligarquias plutocratas. Certamente, não se coaduna com o controle perfunctório, opaco, imediatista e satisfeito com informações incompletas, especialmente 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-Legislador, pelo Estado-Juiz (no exercício da tutela específica), entre outros atores políticos. Em segundo lugar, equivoca-se ao tratar as políticas públicas como se tomassem parte do reino da discricionariedade imperial, no qual cada governante eleito poderia formular, “ad hoc”, o rol de suas prioridades personalistas. Nada mais incompatível com o planejamento e com o regime de responsabilidade centrado na proteção efetiva de direitos individuais e coletivos.<sup>50</sup>

Na realidade, as políticas públicas<sup>51</sup> não são meros programas episódicos de governo, motivo pelo qual o seu núcleo tem de ser revisto. Eis, nessa perspectiva, a tríade de elementos 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, especialmente 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 de positivação final (insubstituível) pelo administrador.

Do conceito sugerido e de seus elementos, emerge a premência do abandono de análises epidérmicas e meramente abstratas de políticas públicas, ingressando na fase de avaliação marcadamente sistêmica e, mais do que formal, de plausibilidade das motivações complexas (às vezes, perigosamente contraditórias<sup>52</sup>) do agir ou do deixar de agir administrativo. Passa a figurar, entre os requisitos de juridicidade das políticas públicas, o cumprimento categórico das

---

<sup>50</sup> Cf., para comparar regimes de responsabilidade, Anne Jacquemet-Gauché in *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*. Paris: LGDJ, 2013.

<sup>51</sup> Cf., sobre políticas públicas, Michael Moran, Martin Rein e Robert Goodin (Eds.). *The Oxford Handbook of Public Policy*. Londres: Sage, 2006. Cf., ainda, Políticas públicas. Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi (orgs.), Brasília: ENAP, 2006, V.1.

<sup>52</sup> V. Guy Peters e Jon Pierre (eds.) in *Handbook of Public Policy*. Londres: Sage, 2006.

prioridades constitucionais, já para impedir a “tragédia dos comuns”,<sup>53</sup> já para prestigiar indicadores fidedignos e confiáveis de desenvolvimento sustentável, que seguem mensurações de bem-estar (distribuição de renda e do consumo — inclusive para atividades fora do mercado) acima das métricas limitadas e limitantes de produção, com o atendimento simultâneo de itens multidimensionais de bem-estar como saúde, educação, atividades pessoais (inclusive o trabalho decente), voz política e governança, conexão social e relacionamentos, ambiente (condições presentes e futuras) e segurança, tanto de natureza econômica como física.<sup>54</sup> Bem por isso,<sup>55</sup> impende observar que a discricionariedade administrativa tem de se adequar ao caráter cogente dos direitos fundamentais, tarefa que demanda decifração, o mais possível, isenta de contraproducentes preconceitos.

Com pertinência, Hans Julius Wolff e Otto Bachof<sup>56</sup> perceberam 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 auto-regulável por inteiro — ainda que completável —, nem a discricionariedade é absolutamente franqueada ao agente público. 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.<sup>57</sup> No polo oposto, erram os minimalistas, que preferem deixar tudo ao sabor de políticas conjunturais, ignorando as falhas estridentes de mercado.

Em semelhante quadro, seria insuficiente conceber a discricionariedade como liberdade para emitir juízos de conveniência ou oportunidade quanto à prática de atos administrativos. Como enfatizado, as opções válidas “prima facie” não são indiferentes. Por isso, a discricionariedade administrativa é vista como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) dos programas públicos.

---

<sup>53</sup> V., sobre o tema da “tragédia dos comuns” e por seus “design principles”, Elinor Ostrom in *Governing the commons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

<sup>54</sup> Cf. indicadores do Relatório Stiglitz-Sen-Fitoussi (Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, de 2009), disponível in [www.stiglitz-sen-fitoussi.fr](http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr)

<sup>55</sup> Cf. Juarez Freitas in *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 5ª ed., ob.cit., especialmente Caps. 6 e 11.

<sup>56</sup> Cf. Hans Julius Wolff e Otto Bachof in *Verwaltungsrecht*. vol. I. Munique: C. H. Beck’sche Verlag, 1974, p. 186.

<sup>57</sup> Cf. Cass Sunstein in *Simpler*. NY: Simon & Shuster, 2013.

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>58</sup> Mais: qualquer sucessão de atos administrativos terá de ser sopesada em seus custos e benefícios diretos e indiretos, medidos com parâmetros<sup>59</sup> qualitativamente estipulados (alheios à contraposição rígida entre as abordagens positivistas e pós-positivistas<sup>60</sup> ou entre as filosofias consequencialistas e deontologistas).<sup>61</sup>

Desses pressupostos, brota o completo redesenho do modelo de gestão pública (e do correspondente controle), de maneira a introduzir, vedados particularismos e sem invalidar o espaço proporcional e razoável<sup>62</sup> da deferência,<sup>63</sup> as métricas capazes de propiciar a ponderação acurada de custos e benefícios globais, com o sensato sopesamento.

Vale dizer, para retomar o exemplo, a decisão de licitar, em si, mostra-se passível de amplo escrutínio. Cumpre perquirir, de saída, se a decisão de realizar o certame, em tempo e lugar, encontra-se consistentemente motivada, ou se merece pronta rejeição, seja por reforçar falha de mercado, seja por acarretar prejuízo inaceitável ao erário ou a terceiros. Ato contínuo, impõe-se avaliar se o contrato decorrente 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 aos juízos peregrinos de conveniência e oportunidade), como objeto o conservadorismo inercial, confinado ao viés do “status quo”. Sem dúvida, impõe-se que o Estado-Administração incremente aquelas políticas constitucionalizadas, no intuito de exercer função indutora de práticas sociais salutares e redistributivas, ao lado da função inibitória de discriminações negativas ou das “desvantagens corrosivas”.<sup>64</sup>

---

<sup>58</sup> Cf. Lei 8.666/93, art.3.º

<sup>59</sup> Cf., nessa linha, art. 4º, III, da Lei de RDC (Lei 12.462/2011).

<sup>60</sup> Cf., na senda de conciliação entre tais abordagens, Michael Howlett, M. Ramesh, Anthony Perl in *Studying Public Policy*. 3ª. Ed. Oxford University Press, 2009, Cap. II.

<sup>61</sup> Cf. Martha Nussbaum in *ob.cit.*, pp.93-96.

<sup>62</sup> Cf. Paul Craig in *The nature of reasonableness review*. *Current Legal Problems*, 66(1), 2013, pp 131-167.

<sup>63</sup> Cf., sobre significados de deferência, noutro contexto, Paul Daly in *Theory of Deference in Administrative Law*. NY: Cambridge University Press, 2012.

<sup>64</sup> Cf. Jonatham Wolff e Avner De-Shalit. *Disadvantage*. NY: Oxford University Press, 2007.

Dessa maneira, as decisões administrativas deverão de ser controladas de jeito a aferir a qualidade intertemporal das escolhas públicas,<sup>65 66</sup> com o advento de apropriada representação do futuro e de métricas objetivas e subjetivas. Indesmentível que se revela viável, na maior parte dos casos, identificar, de modo consensual entre pessoas de boa formação, o que é — e o que não é — prioritário, por maiores que sejam as objeções filosóficas sobre a possibilidade de consensos de fundo<sup>67</sup>. Incontroversa, por exemplo, a erronia de táticas anacrônicas de congelamento de tarifas, desequilibrando contratos públicos, em vez de reduzir os gargalos estruturais e de ampliar a produtividade, com incentivo à poupança doméstica. Indefensável um prédio funcionar sem alvará ou sem vistoria periódica, capaz de detectar, em tempo útil, falhas que podem ser fatais.

Como se observa, mostra-se perfeitamente possível, ao menos em situações extremas, identificar o prioritário. Isto é, não se admite a liberdade para descumprir as obrigatórias funções ambientais, sociais e econômicas das decisões administrativas.<sup>68</sup> Parafraseando o art. 421 do Código Civil, a liberdade administrativa só pode ser 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>69</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.

O sopesamento fundamentado de boa-fé dos custos diretos e indiretos converte-se em elemento-chave de avaliação da funcionalidade das decisões administrativas. Como resulta cristalino, rejeita-se o decisionismo irracional (por ação ou por omissão), dado que o controle de prioridades incorpora, de modo incisivo, o escrutínio independente dos fundamentos de juridicidade sistemática,<sup>70</sup> ensejando o salutar questionamento relativamente ao porquê e ao “timing” das escolhas efetuadas ou não efetuadas.

---

<sup>65</sup> V. Shane Frederick, George Loewenstein e Ted O’Donoghue in *Time Discounting and Time Preference: A Critical Review*, *Journal of Economic Literature*, Vol. 40, Nº. 2, 2002, pp. 351-401.

<sup>66</sup> Cf. o Relatório do Desenvolvimento Humano 2013, “A Ascensão do Sul: Progresso humano num mundo diversificado”, PNUD, 2013, p. 68.

<sup>67</sup> Cf., sobre o tema do problemático consenso de fundo, Jürgen Habermas in *Teoria e Práxis*. SP: Unesp, 2013.

<sup>68</sup> Cf. o art. 421, do Código Civil, segundo o qual a liberdade será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>69</sup> Cf. Lei 12.305, de 2010.

<sup>70</sup> Sobre o tema da juridicidade como vinculação ao Direito, vide Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

Para evitar os vícios mencionados (entre tantos outros), o agente do Estado-Administração não pode aderir ao mito da liberdade insindicável, embora a sua atuação experimente, aqui e ali, menor subordinação à legalidade estrita. Retome-se a lição antiga: inexistente — já o dizia Georges Vedel<sup>71</sup> — a pura discricionariedade, tampouco a pura vinculação. Quer dizer, a escolha lícita somente ocorre no quadro de justificativas necessariamente universalizáveis e intertemporalmente consistentes. Não se permite a discricionariedade desatada, que opera em nome da suposta discricção que inibe o consenso em torno de prioridades constitucionais, em que pese o núcleo essencial do direito fundamental ser inegociável, por definição.

Nesse prisma, impõe-se corrigir dois fenômenos simétricos igualmente nocivos: de uma parte, a vinculação que cede aos automatismos políticos e culturais e, de outra, a concepção da discricionariedade propensa a dar as costas à vinculação constitucional (expressa ou implícita), minando, em ambos os casos, pela arbitrariedade interdita, os contrapoderes indispensáveis.

Afortunadamente, o quadro evoluiu. Já se acolhe, por exemplo, o direito à nomeação de aprovados em concurso, dentro das vagas previstas no edital, postura que seria impensável há pouco tempo. No entanto, força avançar muito mais: exigir a discricionariedade vinculada às prioridades constitucionais, na enunciação e na implementação de todas as políticas públicas.

Não significa pensar que inexista competência para escolher entre opções válidas “prima facie”, contudo impende abolir a indiferença crônica perante as prioridades constitucionais. Ora, persiste relativa liberdade para realizar esta ou aquela compra pública, mas com a condição incontornável de que se revele necessária, adequada e compatível com a responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos.<sup>72</sup> Ou seja, a discricção afigura-se indescartável, todavia serve tão-só 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 carga de vinculação: legitima-se, ao deixar de fixar a residência no espaço fluido de vontades particularistas e pouco ou nada universalizáveis. Em outras palavras, imperativo que a liberdade seja conferida para que a autoridade administrativa responsabilmente (sem ardis manipulatórios) adimpla as suas obrigações e o faça em tempo útil.

---

<sup>71</sup> Cf. Georges Vedel in *Droit Administratif*. Paris: PUF, 1973, pp. 318-319.

<sup>72</sup> Cf. Lei 12.305, de 2010, art. 3, IV.

A Administração Pública não apenas pode (a rigor, inexistem atos administrativos meramente facultativos),<sup>73</sup> mas está obrigada a realizar avaliações de custos e benefícios abrangentes (econômicos e não econômicos), com a correspondente prestação de contas,<sup>74</sup> definitivamente exorcizada a recorrente crença em atos políticos sem controle, dado que todos os elementos da tomada de decisão (e respectivas execuções) precisam acatar (não apenas literariamente) as premissas da boa administração, ainda que examinadas obliquamente.

Nessa ordem de ideias — e é isso que convém não perder de vista —, os atos administrativos podem ser vinculados propriamente ditos, ou seja, aqueles que devem intenso (nunca total ou automático) respeito a requisitos formais, com escassa liberdade do agente (o que não exclui a cautela reflexiva). De outra parte, existem os 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 vista encontrar a maior praticabilidade dos mandamentos constitucionais, sem que se mostre indiferente a escolha contextual de consequências diretas e indiretas.

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

À vista do exposto, considera-se insuficiente a proposição clássica de Jenkis, que concebia a política pública como simples conjunto de decisões tomadas por um ator político ou vários, concernentes à seleção de objetivos e meios necessários para realizá-los.<sup>75</sup> <sup>76</sup> Peca, ao não atinar para a “accountability” que se impõe<sup>77</sup> e por sua extrema imprecisão. De outro lado e a despeito dos seus méritos, o ciclo de políticas públicas, segundo a descrição dos estágios de Harold Lasswell,<sup>78</sup> também fraqueja ao desconsiderar significativos fatores exógenos que influenciam, de variadas formas, a tomada da decisão administrativa.

---

<sup>73</sup> Cf. Ruy Cirne Lima in *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 7a ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 241.

<sup>74</sup> Cf. Miguel Seabra Fagundes in *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp. 166-167.

<sup>75</sup> Cf. William Jenkins in *Policy Analysis*. Londres: Martin Robertson, 1978.

<sup>76</sup> Cf., sobre essa definição de William Jenkis, Michael Howlet, M. Ramesh e Anthony Perl in *Política Pública*. 3ª ed., Rio: Campus, 2013, p.8.

<sup>77</sup> Cf. Guy Peters in *The politics of bureaucracy*. 5a ed., London e NY: Routledge, 2001.

<sup>78</sup> Cf. Harold Lasswell in *A Pre-View of Policy Sciences*. NY: American Elsevier, 1971.

Assim, o controle dos atos administrativos precisa operar com uma 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 intersetorialmente, em conjunto com outros atores políticos.

Desse modo, o controle da discricionariedade administrativa insere-se, sobretudo, como filtro de prioridades nas escolhas públicas.<sup>79</sup> Numa síntese: a ser levada a efeito a reforma<sup>80</sup> do controle das políticas públicas, as prioridades constitucionais e os seus melhores fundamentos<sup>81</sup> verão dissipadas as nuvens espessas de tantas promessas constitucionais não cumpridas.

As visões antigas do controle de discricionariedade administrativa (e de governança pública)<sup>82</sup> não oferecem respostas satisfatórias: deixam justamente de filtrar os enviesamentos que conduzem a fracassos. Logo, a crítica dos vieses precisa crescer no exame tópico-sistemático das políticas públicas, numa afirmação da liberdade, entendida sobretudo como a capacidade de controle reflexivo sobre os impulsos e vieses cognitivos (“biases”).<sup>83</sup>

O exame dos vieses merece, pois, ser fomentado com investimentos precípuos na permanente formação dos agentes públicos. Significa que a preparação para a tomada de decisão tem de levar em conta não apenas os aspectos cognitivos, ou relacionados ao conhecimento jurídico-formal, mas incluir o cuidado com o acervo de valores, motivações e habilidades sociais do agente público.

Em última instância, a decisão administrativa, tomada com a consciência dos vieses, gera o serviço público reorientado pela reflexão imparcial, não movida por anseios de satisfação de interesses subalternos, tampouco por diferenças arbitrárias.

### 3. CONCLUSÕES

Para finalizar, sugerem-se as seguintes principais assertivas:

---

<sup>79</sup> Cf. John Forester in *Planning in the face of power*. Berkeley: University of California Press, 1989. Sobre o controle jurisdicional, vide Fábio Konder Comparato in “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, *Revista dos Tribunais*, n.737, p.353. Cf., ainda, Maria Paula Dallari Bucci in *Direito Administrativo e políticas públicas*. 2ª ed., SP: Saraiva, 2006.

<sup>80</sup> Cf., sobre reforma e suas trajetórias em Estados de tradição napoleônica, Edoardo Ongaro in *Public Management Reform and Modernization*, Edward Elgar Publishing, 2009, pp 201-246.

<sup>81</sup> Cf., sobre fundamentos em termos comparados, Denis Galligan e Mila Versteeg (Eds.) *The Social and Political Foundations of Constitutions*. NY: Cambridge University Press, 2013.

<sup>82</sup> Cf. *New Public Governance?* Stephen P. Osborne (ed.). London e NY: Routledge, 2010.

<sup>83</sup> Cf. Paul Litvak e Jennifer Lerner in “Cognitive bias”, *The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 90.

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

(b) O controle da discricionariedade administrativa e das políticas públicas, no modelo proposto, precisa considerar as políticas como programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), sem excluir a pluralidade de atores envolvidos em matéria de sindicabilidade independente.

(c) Nos atos administrativos 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 no tocante às motivações e aos resultados, porque a discricção existe somente para que se materializem, com presteza adaptativa, as vinculantes finalidades constitucionais.

(d) No exame da liberdade administrativa legítima, constata-se que a autoridade jamais desfruta de liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher) 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. Nessa medida, alargam-se, sensivelmente, as possibilidades e os deveres do controle de porquês e do “timing” das decisões administrativas.

(e) Quanto mais se aprofunda essa sindicabilidade, mais se desvela o controle como poder racional de veto em relação aos vieses e impulsivismos políticos não universalizáveis, jamais como instrumento de burocratismo paralisante e custoso.

(f) O administrador público, obrigado a declinar os fundamentos para a tomada da decisão (agir ou não agir), tem a sua conduta esquadrinhável em termos de qualidade intertemporal das opções realizadas. Como dito, a liberdade é conferida somente 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.

(g) A agenda administrativa tem de ser reconstruída, com variações naturais, tendo em exata conta a realização primordial de prioridades vinculantes. Precisamente 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.

Nesses moldes, o direito fundamental à boa administração pode-deve deitar raízes, entre nós, sem perpetuar o império do medo, que parece assaltar os bons administradores. Nas relações administrativas, doravante, o império necessário é o das prioridades constitucionais, algo que acarreta aprofundamento sem precedentes (mais do que ampliação) do escrutínio das decisões administrativas, à base das prioridades cogentes da Constituição.

**\* Recebido em 26/05/2014.**