

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

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

Coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Maria De Fatima Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-295-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho nº 56 - Direito Administrativo e Gestão Pública II, durante o XXV CONGRESSO DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Curitiba - PR, entre os dias 07 e 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central – Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Referida temática foi pensada para se refletir sobre o desenvolvimento gerador de desigualdades sociais e regionais de toda ordem.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliações por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e áreas afins. Os temas apresentados no Grupo de Trabalho – Direito Administrativo e Gestão Pública II, tiveram como destaques as abordagens sobre a discricionariedade administrativa, princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, responsabilidade civil do Estado por sanções políticas tributárias, o município e o federalismo fiscal, licenciamento ambiental, comissões de licitação, Advocacia Geral da União, licitação sustentável, prorrogação de contratos públicos, dentre outros.

Os 19 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Tributário na medida em que abordam itens relacionados à administração pública, responsabilidade dos gestores e questões peculiares da gestão pública. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos

eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de ideias.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e, ao mesmo tempo, agradecemos aos autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Prof. Dr. Eduardo Martins de Lima - FUMEC

OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A SINDICABILIDADE AMPLA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TEMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

LE NUOVE PARADIGME DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO: LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E LA AMPIA SINDACABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL TEMA DELLE POLITICHE PUBBLICHE

Adeilson Luz De Oliveira ¹

Resumo

O presente trabalho parte da análise das transformações do direito administrativo a partir dos novos paradigmas trazidos pela constitucionalização. Em seguida, trabalha-se com a discricionariedade compreendida não mais como livre espaço de decisão, mas como vinculada juridicamente às prioridades constitucionais. Por fim, busca-se cotejar as implicações da superação do conceito clássico de discricionariedade com a temática das políticas públicas, defendendo-se sempre um amplo controle do fazer e do não fazer da Administração, nesse particular, visando o controle da omissão administrativa lesiva a direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito administrativo, Transformações, Discricionariedade, Políticas públicas, Controle

Abstract/Resumen/Résumé

Questo lavoro parte dell'analisi delle trasformazione del diritto amministrativo a partire delle sue sue nuove paradigme portate dalla costituzione. Poi, si lavora con la discrezionalità amministrativa compresa non più come libero spazio di decisione, bensì vincolata giuridicamente alle priorità costituzionale. In fine, si prova confrontare le implicazione del superamento del classico concetto della discrezionalità con il tema delle politiche pubbliche, in cui se difende sempre un ampio controllo del fare e del non-fare dell'Amministrazione, in questo punto, con lo scopo di controllare l'omissione amministrativa lesiva ai diritti fondamentali.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Direito administrativo, Transformazione, Discrezionalità, Politiche pubbliche, Controllo

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Curitiba do Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Contato: <adeilson@hotmail.de>.

INTRODUÇÃO

A atuação positiva da administração na realização de direitos fundamentais perpassa, necessariamente, uma releitura constitucional dos institutos clássicos do direito administrativo como legalidade, supremacia do interesse público e discricionariedade administrativa.

Sob essa ótica, pretende-se, a partir do método indutivo e a partir de levantamento bibliográfico, melhor compreender o conceito de “discricionariedade”, principalmente a partir de categorias do direito alemão, além de defender um amplo controle do fazer e não-fazer administrativo no tema das políticas públicas.

A discricionariedade como grau de vinculação do administrador às prioridades constitucionais vinculantes é temática intimamente ligada às políticas públicas, que mais do que simples escolha discricionária da Administração, consubstanciam, muitas delas, um dever administrativo previsto na própria Constituição.

O objetivo do trabalho é, partindo da análise das transformações do direito administrativo, compreender os novos contornos da discricionariedade administrativa a partir de uma releitura constitucional e cotejar suas implicações no tema das políticas públicas.

A presente pesquisa se justifica uma vez que é notável o déficit de compreensão e manuseio da discricionariedade administrativa na prática da Administração Pública e até mesmo no controle judicial da Administração no campo das políticas públicas.

1. AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Com a constitucionalização, o direito administrativo vem sofrendo mudanças paradigmáticas, pois as novas premissas constitucionais exigem que o operador do direito – e mesmo o administrador público – se despenda de categorias clássicas desse ramo do direito.

As transformações do direito administrativo foram bem notadas por Diogo Figueiredo Moreira Neto, para quem “há, indubitavelmente, um novo direito administrativo, que emergiu e ainda está se definindo no torvelinho das transformações que continuam a surpreender-nos por serem incrivelmente céleres e profundas” (NETO, 2005, p. 1).

Segundo o autor, o direito administrativo teve que se desvencilhar, entre outros, de conceitos como “imperatividade sem limites”, “intangibilidade de atos políticos da administração pública”, “insindicabilidade da discricionariedade administrativa”, “exclusão do administrado das decisões, especialmente por deficiências processuais” e “persistência de conceitos de razões de Estado e de supremacia do interesse público” (NETO, 2005, p. 12/13).

A doutrina clássica administrativista ainda persiste, em muitos casos, sem a devida releitura constitucional. Basta ver que as lições de Hely Lopes Meirelles, erigidas sobre os paradigmas tradicionais, são, até hoje, o manual da Administração Pública e o guia prático dos Tribunais, os quais, não raro, se mostram reticentes em reconhecer a força normativa da Constituição e o controle, não apenas de legalidade, mas de juridicidade dos atos administrativos.

Ao lado disso, as esferas de aplicação do direito administrativo e de controle da Administração são, muitas vezes, tímidas e pouco ousadas para tomarem posições mais de vanguarda, em desconforto às clássicas e tradicionais posições sempre defendidas.

Os ensinamentos clássicos, ainda que imprescindíveis para o estudo e compreensão do direito administrativo, devem ser compatibilizados com as diretrizes informadoras do Estado Social e Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição da República de 1988.

Para Daniel Wunder Hachem, “a dificuldade de se desprender de algumas compreensões sedimentadas no século XIX, pautadas em uma ideologia liberal, individualista e subjetivista, não apenas empobrece os esquemas de tutela dos direitos fundamentais sociais, como também inviabiliza a sua satisfação coletiva e universalizada” (HACHEM, 2014, p. 10).

Uma compreensão adequada dos novos paradigmas do direito administrativo é o pressuposto necessário para aceitação da discricionariedade limitada pela juridicidade e pelas prioridades constitucionais vinculantes, mormente no tema das políticas públicas.

1.1 UMA RELEITURA NECESSÁRIA: O DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL(IZADO) E SEUS NOVOS PARADIGMAS

A defesa da atuação positiva da administração na realização de direitos fundamentais por meio das políticas públicas perpassa, necessariamente, uma releitura constitucional dos institutos de direito administrativo como legalidade, supremacia do interesse público e discricionariedade administrativa.

A legalidade entendida como atuação da Administração *secundum legem* (e não *secundum constitutionis*) acabou por subestimar o papel transformador da Constituição de 1988, pois, nem sempre o legislador edita as normas necessárias para regulamentar direitos e garantias fundamentais, além do que leis editadas no regime anterior não foram, por vezes, recepcionadas pela ordem vigente, embora continuem demarcando a atuação administrativa.

A supremacia do interesse público, ainda que cogitada para atendimento dos interesses da coletividade, transformou-se em palavra de ordem, imune ao controle judicial, com a qual, não raro, pretende-se justificar os arbítrios do Estado.

O mesmo se diga em relação à discricionariedade, que, concebida como área exclusiva da atividade administrativa, continua sendo, no mais das vezes, lugar inacessível ao controle judicial em seu papel de apreciar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

Estes conceitos como legalidade, supremacia do interesse público e discricionariedade administrativa – sempre atrelados ao direito administrativo clássico –, se cotejados com a ordem constitucional posta, não mais fornecem o supedâneo necessário à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais dos administrados.

Não se duvida que os direitos sociais são os mais afetados e os menos resolvidos hodiernamente. Para Norberto Bobbio, os direitos de segunda dimensão consubstanciam direitos que a maioria da humanidade não possui de fato (BOBBIO, 2004, p. 24).

Isso se deve ao fato de exigirem que a Administração saia de sua posição de conforto, isto é, da inércia e da abstenção e tome medidas eficientes e eficazes para alcançar os objetivos constitucionalmente desejados.

Para tanto, os conceitos tradicionais antes mencionados vêm sendo depostos pela chamada constitucionalização do direito administrativo e pelo sistema de direitos fundamentais, que, doravante, orientam (devem orientar) a atuação da Administração e a aplicação do direito administrativo.

Para tanto, o princípio da legalidade deve ser integrado pelo princípio da juridicidade, a supremacia do interesse público deve ser substituída pela supremacia dos direitos fundamentais e a discricionariedade administrativa deve ser compreendida, quando muito, como grau de vinculação à juridicidade.

1.1.1 O princípio legalidade da *versus* juridicidade

O princípio da juridicidade passou a consubstanciar relevantíssimo instrumento de aferição da compatibilidade da atuação administrativa, não mais apenas à lei (princípio da legalidade), mas com todo o ordenamento jurídico, especialmente com os princípios constitucionais.

Sob essa ótica, é de fundamental importância assimilar a normatividade constitucional, sob pena de limitar-se o direito administrativo ao vetusto encargo negativo, não mais em compasso com as novas exigências da sociedade contemporânea complexa.

Para BINENBOJM, não mais a lei, mas a Constituição deve pautar a atuação da Administração Pública, que, por sua vez, deverá encontrar na lei fundamental a definição do que seja interesse público (BINENBOJM, 2008, p. 7).

Nesse sentido, o Administrador Público que adota apenas um juízo de legalidade estrita em sua atuação cotidiana, subestima o papel que a Constituição Cidadã se propõe (propôs) a exercer.

Para BINENBOJM, “deve ser a constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo” (BINENBOJM, 2008, p. 14).

E continua: “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (BINENBOJM, 2008, p. 14).

A adoção do princípio da juridicidade não significa, todavia, o desprezo pela lei e pelo princípio da legalidade, mas sim reconhecer a normatividade da constituição, que, juntamente com o paradigma da legalidade, devem balizar o agir da Administração.

Para BINENBOJM, “a ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora” (BINENBOJM, 2008, p. 15).

A juridicidade não se limita, naturalmente, à observância apenas dos princípios constantes do art. 37 da Constituição Federal, mas de todo o sistema constitucional, incluindo os objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º da Constituição.

A despeito do modelo de administrar trazido pela Constituição, é notória a baixa assimilação do princípio da juridicidade pela Administração Pública, que ainda se acha extremamente servil à vetusta legalidade estrita, típica do direito administrativo liberal (HACHEM, 2014, p. 339).

Vale dizer, ainda, que a juridicidade, além de novo paradigma do direito administrativo, constitui valioso instrumento de controle da Administração Pública e de seus atos pelo Poder Judiciário no tema das políticas públicas, nos casos em que o administrador se omite na realização das prioridades constitucionais vinculantes.

1.1.2 A supremacia do interesse público *versus* supremacia dos direitos fundamentais

A ideia de supremacia do interesse público está intimamente ligada com os objetivos do direito administrativo de proteger os direitos comuns de todos os administrados.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular” (DI PIETRO, 2007, p. 217).

Não seria possível determinado agir da Administração com supedâneo na supremacia do interesse público para atingir objetivo diverso daquele objetivado pela lei maior, isto é, que não seja deveras “interesse público”.

Entretanto, é comum a utilização desse conceito indeterminado sem a demonstração concreta de qual interesse está a ser defendido.

A supremacia do interesse público se trata, na realidade, de resquícios do Estado de Polícia, em que, a pretexto de salvaguardar o interesse da coletividade, impõe-se de alto a baixo determinados comportamentos aos administrados ou se faz determinada escolha que se revela, ao fim e ao cabo, contra os direitos fundamentais protegidos pela Constituição.

Georges Abboud adverte que “os direitos fundamentais são direitos subjetivos que o cidadão pode fazer valer contra o Poder Público e contra a própria sociedade”, de modo que “faz-se necessário revisitar o postulado do direito administrativo que preconiza a supremacia do interesse público sobre o interesse privado” (ABBOUD, 2014, p. 201).

No Estado Constitucional, o conceito de interesse público é totalmente dispensável e deve ser superado. É plenamente possível que a Administração Pública tome suas decisões e faça suas escolhas ainda que contra o interesse individual de um determinado particular, mas em defesa da coletividade, lastreada na própria Constituição, prescindindo, pois, de conceitos indeterminados como “interesse público”, que a tudo justifica e autoriza.

Sob essa ótica, ABBOUD trabalha com a ideia de “primazia dos direitos fundamentais”. Para ele, “não se pode coadunar com a supremacia do interesse público na atuação da Administração Pública, suprimindo assim os direitos fundamentais”; do mesmo modo “o interesse público não é o único critério da ação administrativa, nem tem um valor ou alcance ilimitado” (ABBOUD, 2014, p. 205).

Segundo o autor, “em um Estado consagrador de direitos fundamentais, a mera afirmação de proteção a interesse público não constitui parâmetro normativo suficiente para legitimar o agir administrativo e, por consequência, não pode constituir fundamento do ato administrativo” (ABBOUD, 2014, p. 202).

Ainda segundo o autor, “a proclamada ‘supremacia do interesse público’ cede diante dos direitos fundamentais, porque estes constituem limites à atuação dos três Poderes, tanto na sua defesa como na sua promoção” (ABBOUD, 2014, p. 205).

Portanto, preconiza-se que o indeterminado e fluído conceito de supremacia do interesse público seja substituído pela ideia de vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais espalhados na Constituição; em outras palavras, que a supremacia dos direitos fundamentais seja, definitivamente, o norte de atuação administrativa.

1.1.3 A discricionariedade administrativa como grau de vinculação à juridicidade

A discricionariedade administrativa, concebida segundo os paradigmas constitucionais, acha-se vinculada aos princípios norteadores da Administração dispostos na constituição, e às escolhas feitas pelo próprio constituinte.

Para BINENBOJM, na era da constitucionalização do direito administrativo, a dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário deve ser superada, na medida em que a discricionariedade não mais consubstancia livre espaço de escolha e decisão administrativa (BINENBOJM, 2008, p. 7).

ABBOUD enxerga a discricionariedade como o último fronte a ser superado no Estado Constitucional (ABBOUD, 2014, p. 103) e denuncia que ela funciona como uma espécie de alforria jurídico-constitucional, justamente por consubstanciar “possibilidade de agir sem as amarras da normatividade jurídica” (ABBOUD, 2014, p. 155).

Sob essa perspectiva, a discricionariedade administrativa não mais se trata de “liberdade” de agir da Administração. Nas palavras de BINENBOJM, “a normatividade decorrente da principiologia constitucional produz uma redefinição da noção tradicional de discricionariedade administrativa, que deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na constituição” (BINENBOJM, 2008, p. 25).

Sobre os conceitos tradicionais de discricionariedade e vinculação, BINENBOJM adverte que “a emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade” (BINENBOJM, 2008, p. 25).

No tema das políticas públicas de distribuição de medicamentos, Davi Augusto Santana de Lelis e Mônica Aparecida de Araújo Paiva sustentam, igualmente, a existência de

diferentes graus de vinculação da Administração à juridicidade em substituição ao conceito indeterminado de discricionariedade administrativa (PAIVA; LELIS, 2014, p. 185-202).

A discricionariedade deve ser entendida como “discricionariedade vinculada juridicamente”, no sentido de que a Administração Pública, ao avaliar a conveniência e a oportunidade na tomada de decisões, deve respeitar todo o sistema jurídico, especialmente os princípios e direitos fundamentais.

Não pode a Administração, dentre as opções postas, escolher aquela que melhor lhe apetece. Em outras palavras, assim como no tema da discricionariedade judicial repudia-se o juiz solipsista, não pode igualmente a Administração administrar conforme a sua consciência.

É que a discricionariedade entendida tradicionalmente como “liberdade” de atuação acaba, por vezes, por desaguar no cumprimento da vontade do próprio agente público investido na função administrativa.

Imagine-se a realização de pavimentação de uma estrada que dá acesso à propriedade rural do chefe do executivo municipal. Sem a pretensão de inviabilizar a realização de obras públicas nas proximidades da residência do agente público, o fato é que tal empreendimento desvela uma discricionariedade administrativa direcionada, e por isso, viciada, pois, desconsidera o interesse da coletividade – no caso, eventualmente a necessidade de se pavimentar ruas de regiões mais populosas –, para prestigiar a realização da obra em local deserto e pouco habitado, apenas para proporcionar melhor comodidade ao agente público.

Situações como a narrada são mais comuns do que se imagina na atividade administrativa brasileira dos dias de hoje, o que evidencia – para além da endêmica cultura pátria pouco republicana de supervalorização dos próprios interesses em detrimento do interesse da coletividade¹ –, a insignificante assimilação dos preceitos da Constituição Cidadã e a latente dificuldade de bem administrar.

Nada obstante, os novos paradigmas do direito administrativo consubstanciam o pressuposto necessário para uma Administração mais responsável e menos arbitrária, mais constitucionalizada e menos servil à legalidade estrita insuficiente para a boa administração.

2. AS (NOVAS) CATEGORIAS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

¹ Sobre o tema, Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque. “**Raízes do Brasil**”. 26. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

A discricionariedade é peça-chave na atividade administrativa no tema das políticas públicas. É porque a forma do agir – ou não-agir – da Administração tem implicações diretas na realização das promessas constitucionais.

Portanto, para melhor compreensão do conceito de discricionariedade administrativa, mostra-se oportuno ocupar-se de algumas categorias do direito alemão, as quais são fornecidas, dentre outros, pela obra “Direito Administrativo Geral” de Hartmut Maurer².

2.1 UMA DISTINÇÃO SEMÂNTICA

A presente análise pressupõe uma distinção semântica de alguns termos da língua alemã, para melhor compreensão do tema “poderes da Administração” no direito germânico.

Os verbos modais alemães têm significados mais delimitados que os correspondentes da língua portuguesa. Assim, por exemplo, o verbo “*können*”, que pode ser traduzido, de forma livre, por “poder”, expressa, entre outros significados, uma faculdade; o verbo “*sollen*”, traduzível por “dever”, está mais no campo semântico da obrigação moral (*moralische Pflicht*) e do aconselhável (*empfehlenswert*), do que propriamente de um dever-obrigação, ideia que se expressa pelo verbo “*müssen*”, que traduz, agora sim, uma obrigação (*Pflicht*).^{3 4}

Essa distinção linguística é imprescindível para compreensão das categorias do direito alemão utilizadas para explicar o chamado “campo decisório” (*Entscheidungsspielraum*) da Administração Pública.

2.2 O CAMPO DECISÓRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo o léxico do fórum jurídico alemão⁵, o campo decisório da Administração pode ser classificado da seguinte maneira:

a) preceito-obrigação (*Muss-Vorschrift*) – ou “prescrição-deve”, na tradução de Luis Afonso Heck (In: MAURER, 2006, p. 145);

b) preceito-faculdade (*Kann-Vorschrift*); e

c) preceito-dever (*Soll-Vorschrift*).

² MAURER. Op. Cit.

³ Cf. dicionário “PONS – Deutsch-Portugiesisch”, disponível em: < <http://de.pons.com/> > e dicionário “DUDEN”, disponível em: < <http://www.duden.de/> > Acesso em: 15 mar 2016.

⁴ Para aqueles que conhecem a língua inglesa, pode-se comparar esses verbos da seguinte forma: o verbo “*können*” equivaleria ao verbo inglês “*can*”, o verbo “*sollen*” ao “*should*”, e o verbo “*müssen*” ao “*must*”.

⁵ Disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessen>> Acesso em: 15 mar 2016.

No preceito obrigação (*Muss-Vorschrift*), não há qualquer espaço decisório do administrador ou daquele que, em razão de uma norma jurídica, deve praticar uma conduta. É que a conduta administrativa no âmbito desse preceito tem consequência jurídica (*Rechtsfolge*) obrigatória (*zwingend*), o que traduz a chamada “administração vinculada” (*gebundener Verwaltung*).

Por sua vez, no preceito-faculdade (“*Kann-Vorschrift*”), aquele que decide (*Entscheidungsträger*) pode escolher qual dentre as consequências jurídicas (pré-determinadas) deverá ocorrer. Trata-se, de regra, da chamada administração discricionária (*Ermessensverwaltung*).^{6 7}

Por fim, o preceito-dever (*Soll-Vorschrift*) indica a chamada discricionariedade-vinculada (*gebundenes Ermessen*), quando, apesar de o agir do Administrador não ser obrigatório (*nicht zwingend*), as condutas ativas ou omissivas (*Tun oder Unterlassen*) da Administração já estão prevista na lei.⁸

Embora o preceito-dever refira-se à chamada “discricionariedade vinculada”, é no preceito-faculdade que se situa a discricionariedade administrativa, tal como concebida entre nós.

No próprio direito alemão, quando se refere à discricionariedade administrativa (*Verwaltungsermessen*), está-se a falar dos preceitos-faculdade (*Kann-Vorschriften*), não constituindo o preceito-dever (*Soll-Vorschrift*) um poder discricionário, mas um poder-dever da Administração, isto é, uma espécie de “poder discricionário-vinculado” na figura da chamada discricionariedade-vinculada (*gebundenes Ermessen*).

Na teoria administrativista brasileira mais tradicional, como consabido, há uma dicotomia entre poder “discricionário” e “vinculado”, concebidos mais ou menos de modo estanque, o que em verdade, não ocorre, como vem demonstrando a doutrina mais recente, já que há elementos do ato administrativo que são sempre discricionários, mesmo nos atos ditos vinculados. Daí talvez a razão de ser da tricotomia existente no direito alemão, que concebe também uma “discricionariedade vinculada”.

Ainda que haja diferenciação doutrinária também no direito alemão sobre os poderes da Administração, o próprio léxico citado ressalta que, a partir da vinculação dos direitos

⁶ Sobre “*Kann-Vorschrift*”, conferir o léxico jurídico disponível em:

< <http://www.rechtslexikon.net/d/kann-vorschrift/kann-vorschrift.htm> > Acesso em: 15 mar 2016.

⁷ Ver ainda o léxico do “Fórum Jurídico” de domínio alemão disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessen>> Acesso em: 15 mar 2016.

⁸ Sobre “*Soll-Vorschrift*”, conferir o léxico jurídico disponível em: <<http://www.rechtslexikon.net/d/soll-vorschrift/soll-vorschrift.htm>> Acesso em: 15 mar 2016.

fundamentais prevista no artigo 1º, parágrafo 3º da Lei Fundamental⁹ e da norma contida no parágrafo 40 da Lei de Processo Administrativo¹⁰ (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), não existe [mais] discricionariedade pura ou completamente livre (*kein “freies Ermessen”*), mas sim “discricionariedade vinculada juridicamente” (*rechtsgebundenes Ermessen*).

Ou seja, tal como já se manifesta a doutrina administrativista brasileira contemporânea, parece haver, na doutrina alemã, uma superação da tricotomia “administração vinculada” (*gebundener Verwaltung*), “administração discricionária” (*Ermessensverwaltung*) e “discricionariedade-vinculada” (*gebundenes Ermessen*), passando-se a preconizar, no campo dos poderes da Administração apenas por uma “discricionariedade vinculada juridicamente” (*rechtsgebundenes Ermessen*).

2.3 DISCRICIONARIEDADE DE DECISÃO E DISCRICIONARIEDADE DE ESCOLHA

No direito alemão, a discricionariedade pode ser de duas espécies: **a)** discricionariedade de decisão (*Entschließungsermessen*) e **b)** discricionariedade de escolha (*Auswahlermessen*).¹¹

Na aqui chamada “discricionariedade de decisão”, a Administração decide se, diante das circunstâncias, vai agir ou não, observando o chamado princípio da oportunidade (*Opportunitätsprinzip*).¹² A discricionariedade de decisão, ocupa-se do “se” (*ob*) de uma conduta administrativa. Em outras palavras, na discricionariedade de decisão a questão é saber “se” uma conduta deve ser praticada ou não.¹³

Na assim chamada “discricionariedade de escolha”, cabe à Administração escolher como vai agir, isto é, decidir dentre as diversas alternativas possíveis, qual delas irá tomar

⁹ Grundgesetz, Artikel 1, Absatz (3) “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.” Tradução livre: “Os seguintes direitos fundamentais vinculam o legislativo, executivo e judiciário como direitos imediatamente aplicáveis”. Disponível em: <https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122> Acesso em: 15 mar 2016.

¹⁰ VwVfG, § 40 – „Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten“ Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>> Acesso em: 15 mar 2016.

¹¹ Disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessen>> Acesso em: 15 mar 2016.

¹² Disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/entschliessungsermessen>> Acesso em: 15 mar 2016

¹³ Disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessensfehler>> Acesso em: 15 mar 2016.

para alcançar o fim almejado.¹⁴ Na discricionariedade de escolha, o questionamento é “como” (*wie*) a conduta administrativa deve ser praticada.¹⁵

2.4 ERROS OU VÍCIOS NA DISCRICIONARIEDADE

No exercício da discricionariedade, a Administração pode fazê-lo de modo juridicamente errôneo ou vicioso. Têm lugar, então, os chamados “erros (ou vícios) de discricionariedade” (*Ermessensfehler*), que, conforme doutrina alemã, podem ser de três tipos (HIEN, 2004, p. 18): a) Omissão ou carência de discricionariedade, b) Excesso de discricionariedade; e c) Abuso de discricionariedade.^{16 17}

(aa) A omissão (carência) na discricionariedade ou o seu exercício insuficiente (“*Ermessensunterschreitung*” “*Ermessensnichtgebrauch*”, ou “*Ermessensausfall*”) ocorre quando a Administração, que tem atribuição para prática de determinado ato, se omite ou, mesmo que agindo, não atinge o resultado esperado, ou ainda, sequer reconhece que possuía a liberdade de decisão (*Entscheidungsfreiheit*) sobre certo assunto, e com isso, deixa de exercitar a legítima discricionariedade ou sua liberdade de decisão.¹⁸

Para Eckart Hien, se o ato administrativo não contiver fundamentação ou se, havendo, não constar manifestações sobre a discricionariedade, haveria “carência de discricionariedade”, o que, ainda segundo o autor, configuraria ilegalidade do ato administrativo (HIEN, 2004, p. 20).

(bb) No excesso de discricionariedade ou “*Ermessensüberschreitung*”, a Administração excede os limites legais (e jurídicos) da discricionariedade, que pode ocorrer quando ela age acreditando estar exercendo o poder discricionário, quando na verdade, não possuía a liberdade de decisão ou discricionariedade perante dada circunstância; também há excesso de discricionariedade quando a Administração, no exercício do poder discricionário, toma uma medida que sequer é acobertada pela norma subjacente ao ato administrativo.¹⁹

¹⁴ Disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/auswahlermessen>> Acesso em: 15 mar 2016.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessensfehler>> Acesso em: 15 mar 2016.

¹⁶ Sobre o tema, ver “léxico jurídico”, de domínio alemão, disponível em: <<http://www.rechtslexikon.net/d/ermessen-verwaltungsermessen/ermessen-verwaltungsermessen.htm>> Acesso em 16 mar 2016.

¹⁷ Ver também “fórum jurídico”, também de domínio alemão, disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessen>> Acesso em 16 mar 2016.

¹⁸ Ver “fórum jurídico”, de domínio alemão, disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessensfehler>> Acesso em 16 mar 2016.

¹⁹ Ver “fórum jurídico”, de domínio alemão, disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessensfehler>> Acesso em 16 mar 2016.

Para HIEN, “ocorre excesso de discricionariedade quando o órgão administrativo ultrapassa os limites externos de discricionariedade, isto é, assume equivocadamente um grau de discricionariedade que em verdade não existe, ou escolhe uma medida que não está amparada pela norma” (HIEN, 2004, p. 20).

O autor também assinala que, quando um órgão da administração decide reiteradamente em determinado sentido, originando uma prática administrativa em que o administrado confia, não pode agir de modo diverso em relação a determinado indivíduo, arguindo para tanto a discricionariedade. Nesse caso, também haveria “excesso de discricionariedade” a caracterizar nulidade do ato administrativo em razão de a Administração ter se autovinculado pela prática reiterada, de modo que o agir de modo diverso violaria o princípio da isonomia (HIEN, 2004, p. 21).

(cc) No abuso da discricionariedade, a Administração, utilizando-se da discricionariedade, age de modo incompatível com o sentido e a finalidade da norma regente de determinada circunstância, ou age incompatível com o sistema jurídico como um todo.

Para HIEN, o abuso de discricionariedade tem lugar “quando a Administração não exerce a prerrogativa da discricionariedade com o objetivo especificado na norma, mas de forma estranha aos objetivos desta ou a partir de considerações arbitrárias” (HIEN, 2004, p. 21).

O abuso de discricionariedade ocorre quando, por exemplo, a Administração age em desacordo com o princípio da proporcionalidade, seja porque a finalidade do seu agir é ilegítima ou, sendo legítima a finalidade, o meio escolhido (*Maßnahme*) não é adequado (*ungeeignet*), não é necessário (*unerforderlich*) ou não é proporcional (*unangemessen*).²⁰

2.5 “REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE A ZERO” (ERMESSENSREDUZIERUNG AUF NULL)

Outra categoria da discricionariedade no âmbito da doutrina alemã é a chamada “redução da discricionariedade a zero” (*Ermessensreduzierung auf Null*), que é a hipótese em que, em dada circunstância, só há uma decisão possível à administração no exercício da discricionariedade.²¹

²⁰ Disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessen>> Acesso em: 15 mar 2016.

²¹ Sobre esse ponto, ver “fórum jurídico”, de domínio alemão, disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessensreduzierung-auf-null>> Acesso em: 16 mar 2016.

Trata-se de situações especiais em que a discricionariedade administrativa é reduzida ou completamente excluída, de modo que a Administração somente terá, no dizer de HIEN, “uma única alternativa legal de atuação” (HIEN, 2004, p. 21).

A figura da “redução a zero da discricionariedade” retira da Administração o campo decisório de atuação, em outras palavras, subtrai a “discricionariedade de decisão” (*Entschliessungsermessen*), na medida em que, em tais hipóteses o administrador não dispõe da faculdade de decidir “*se*” (“*ob*”) vai, ou não, agir, já que lhe foi imposto um dever de agir – aqui, portanto, uma discricionariedade vinculada juridicamente.

A redução a zero da discricionariedade também tem lugar nos casos em que a Administração fica despida da “discricionariedade de escolha” (*Auswahlermessen*), hipóteses em que as escolhas já foram feitas pelo Constituinte, expressa ou tacitamente a partir de princípios como eficiência, eficácia, economicidade e sustentabilidade.

Conforme salientam Carolline Leal Ribas e Gustavo Almeida Paolinelli de Castro, os casos de redução a zero da discricionariedade têm lugar quando os princípios constitucionais suprem por completo a margem de atuação da administração” (RIBAS, 2015, p. 103).

Acrescente-se que não só os princípios, mas o sistema jurídico-constitucional como um todo pode reduzir o campo decisório da Administração. Nesse ponto, portanto, o princípio da juridicidade revela-se como de suma importância na avaliação da (anti)juridicidade do agir ou não-agir da Administração.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO ÀS PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS: CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E REDUÇÃO A ZERO DA DISCRICIONARIEDADE

Como já dito, o princípio da juridicidade administrativa constitui um dos novos paradigmas do direito administrativo e produto de sua constitucionalização. E no que interessa ao presente trabalho, a juridicidade material exerce papel fundamental no controle dos atos administrativos e, especialmente, na atuação da Administração Pública.

A Constituição passa a ser o referencial do controle da discricionariedade administrativa em face da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Para BINENBOJM, “o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa” (BINENBOJM, 2008, p. 25).

Nesse sentido, o direito administrativo não deve ser dissociado do direito constitucional, pois, para além da constitucionalização nos diversos ramos do direito, o direito administrativo é disciplina que está intimamente ligada à realização das promessas constitucionais.

É porque a Administração Pública, por ser província do Poder Executivo, é responsável pela execução de políticas públicas, isto é, pelo atendimento das necessidades dos administrados.

Em outras palavras, a missão de realizar os direitos, principalmente, econômicos, sociais e culturais foi cometida à Administração Pública no âmbito da “Administração prestacional” (*Leistungsverwaltung*), ainda que após intervenção do legislador.

Nesse ponto vem a calhar o conceito de direito administrativo desenvolvido por Marçal Justen Filho, segundo o qual se trata do “conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho” (FILHO, 2005, p. 1).

Georges ABBOUD, tratando da primazia dos direitos fundamentais e vinculação da Administração Pública, afirma que “o Estado (Poder Público) tem o dever constitucional de respeitar os direitos fundamentais e envidar todos seus esforços para garantir a concretização desses direitos” (ABBOD, 2014, p. 205).

Ainda que o direito administrativo e constitucional sejam disciplinas hodiernamente indissociáveis, é inegável a deficiente absorção da normatividade constitucional pela Administração Pública com vistas à realização de direitos fundamentais.

MAURER, tratando do direito administrativo alemão, reconhece que o processo de assimilação da constituição pela Administração é mister lento e demorado. Segundo ele, “a orientação do direito administrativo pelo direito constitucional, por conseguinte, é um processo lento, no qual tomam parte igualmente o dador de leis [legislador], a jurisprudência e doutrina do direito” (MAURER, 2006, p. 13).

Assim, ainda que tenha havido uma constitucionalização do direito administrativo, a Administração Pública acha-se, em quase trinta anos de Constituição cidadã, substancialmente desconstitucionalizada e alheia à juridicidade constitucional.

Nesse mesmo sentido, BINENBOJM assinala que “a temática dos direitos fundamentais, tão cara ao direito constitucional, jamais alcançou prestígio idêntico na seara do direito administrativo” (BINENBOJM, 2008, p. 26).

Ainda há significativa predominância de conceitos clássicos e arbitrários, tais como conveniência e oportunidade, supremacia do interesse público, os quais são utilizados mais como tentativa de justificação do não-agir da Administração do que propriamente realizar direitos e prioridades constitucionais vinculantes.

3.1 DISCRICIONARIEDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS

A discricionariedade administrativa, entendida como grau de vinculação à juridicidade, bem como o próprio princípio da juridicidade acabam por impactar no tema das políticas públicas, já que elas constituem expressão do exercício do poder discricionário.

Com o reconhecimento da força normativa da constituição, e, especialmente, com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não há mais espaço para uma discricionariedade pura, típica do direito administrativo liberal, vigente no século XIX.

A escolha administrativa no âmbito das políticas públicas não pode ser expressão do poder discricionário tal como compreendido pelos clássicos, pois o hodierno conceito de discricionariedade impõe observância do sistema jurídico como um todo (princípio da juridicidade) e, especialmente, dos direitos fundamentais, que, por sua vez, constituem limite da discricionariedade nas escolhas públicas.

No dizer de FREITAS, “o Estado Constitucional pode ser traduzido como Estado das escolhas administrativas legítimas e sustentáveis. Assim considerado, nele não se admite a discricionariedade irrestrita, intátil, desviante, imediatista” (FREITAS, 2014, p. 13).

É imprescindível que as políticas públicas sejam relacionadas, não como mero favor do administrador público ou como mero agir situado no campo da discricionariedade irrestrita, mas, como dever da Administração, cujas escolhas devem refletir as prioridades constitucionais.

Para FREITAS, “o Estado Constitucional prescreve uma espécie de controle administrativo de constitucionalidade da implementação das políticas públicas”, controle este que deve ser realizado pela própria administração “e pelos controles em geral, não apenas os jurisdicionais” (FREITAS, 2014, p. 20-27).

Essas ideias constituem o núcleo do direito fundamental à boa administração pública, concebido por Juarez Freitas, como a seguir exposto.

3.2 A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A “boa administração pública” é corolário da tão propalada constitucionalização do direito administrativo, pois consagra justamente uma administração pautada nos princípios constitucionais.

Para Juarez Freitas, a boa administração pública se trata de uma administração “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” (FREITAS, 2014, p. 21).

Nesse sentido, assinala que “as escolhas administrativas [somente] serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade” (FREITAS, 2014, p. 23).

Há que se sublinhar que a boa administração não é mais do que o *modus* de administrar concebido pelo constituinte. É dizer, são diretrizes extraíveis da própria Constituição. Não se trata, pois, de doutrina mirabolante ou estrangeira a ser interiorizada pelo Brasil.

Trata-se de um projeto de realização e concretização das promessas não cumpridas da Constituição. Não há dúvida que muito se conquistou no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas não também não há dúvida de que pouco se realizou desses direitos.

Daí que é necessário superar a dicotomia “discrecionariedade e vinculação”, a fim de que a não-realização lesiva de direitos não seja subtraída do controle judicial e que a inércia (omissão) inconstitucional da Administração nas políticas públicas seja resolvida.

3.3 PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A promoção de políticas públicas não pode ficar ao alvedrio de uma discrecionariedade administrativa irrestrita e incondicional, isso porque, para usar, novamente, termo do direito administrativo alemão, não há discrecionariedade livre (“*freies Ermessen*”),²² pois em muitos casos o constituinte originário (ou reformador) já fez a escolha, já esboçou uma política a ser adotada, não remanescendo outra alternativa ao Administrador.

²² Sobre esse conceito, ver contribuição do “Fórum Jurídico” de domínio alemão. Disponível em: <http://www.juraforum.de/lexikon/ermessen> Acesso em: 15/mar/2016.

E nos casos em que há, efetivamente, um espaço de escolha, esta deve ser tomada de acordo com o sistema constitucional, como, por exemplo, com os princípios constitucionais, sob pena de ser ter uma discricionariedade viciada.

Para usar o mesmo exemplo antes referido, se uma determinada via pública de antipó apresenta reiteradamente buracos em razão do tráfego pesado de caminhões da região, a escolha pública por tapar, constantemente, os buracos ao invés de realizar uma pavimentação ou calçamento, certamente é viciada.

Isso porque, se o antipó não dá conta do trânsito de caminhões, o modo escolhido pelo Administrador (tapar os buracos) não é eficiente, nem eficaz, pois não resolve o problema dos buracos que aparecem em pouco tempo após a realização das obras paliativas.

Em tais casos, a população que utiliza a mencionada rua não está diante de uma boa administração, porque, ainda que sejam realizadas obras para tapamento dos buracos, a atuação da Administração é insuficiente (vício da discricionariedade insuficiente), pois não resolve eficazmente (princípio da eficácia) o problema.

E o parâmetro para tal análise é o art. 37 da Constituição da República, que consagra o princípio da eficiência e o art. 74, inc. II, que, por sua vez, traz o princípio da eficácia.

Repita-se que, no exemplo dado, os constantes gastos com a política de tapamento de buracos podem ser, ao fim e ao cabo, mais altos que os gastos para fazer uma nova pavimentação.

Esse é apenas um exemplo de que a atuação da Administração pode estar em descompasso com a juridicidade Constitucional, e, em razão disso, estar afetando negativamente os direitos dos administrados.

Em outras áreas como saúde e educação, as lesões a direitos pela atuação antijurídica da Administração ficam mais evidentes. Citem-se os casos de falta de vaga em creches e em hospitais, em relação aos quais o administrador insiste em se omitir, escudando-se, não raro, nas suas insindicaíveis (não)escolhas discricionárias.

Todavia, há que se superar as más escolhas da Administração. Há que se controlar a fundo a juridicidade (material) de tais escolhas e constranger a Administração a agir nas hipóteses em que a própria Constituição lhe impôs esse dever.

CONCLUSÃO

Iniciou-se o trabalho a partir de uma análise das transformações do direito administrativo, especialmente, dos seus novos paradigmas marcados pela

constitucionalização. Nesse ponto, trabalhou-se com os conceitos clássicos e sua necessária releitura, como, por exemplo, o princípio da legalidade *versus* juridicidade, a supremacia do interesse público *versus* supremacia dos direitos fundamentais e discricionariedade administrativa como grau de vinculação à juridicidade.

Também procurou-se ocupar-se de algumas categorias do direito alemão a fim de melhor compreender a discricionariedade. Nesse sentido, tratou-se do preceito-obrigação (*Muss-Vorschrift*), no qual não há qualquer espaço decisório para a Administração, do preceito-faculdade (*Kann-Vorschrift*), o qual defere à Administração um espaço de decisão, e, por fim, do preceito-dever (*Soll-Vorschrift*), segundo o qual as condutas ativas e omissivas (*Tun oder Unterlassen*) já estão definidas na lei.

Nessa toada, sublinhou-se que em muitos casos não é dado à Administração decidir *se* (“*ob*”) vai agir ou não (*Entscheidungsermessen*), na medida em que o agir ou não agir administrativo já foi imposto pela própria Constituição, ainda que a partir de princípios como prevenção e precaução; em outros casos, também não há espaço para escolha do *como* (“*wie*”) agir (*Auswahlermessen*), já que muitas escolhas da Administração já constam da própria Constituição ou estariam, *prima facie* excluídas pelos princípios constitucionais como eficiência, eficácia, economicidade e sustentabilidade.

No tema das políticas públicas, sublinhou-se a importância da superação do arbitrário conceito clássico de discricionariedade administrativa, bem como a necessidade de se controlar o fazer e o não-fazer da Administração Pública de modo a sair de sua inércia e cumprir o dever que lhe imposto pela Constituição.

Nesse sentido, destacou-se a existência de prioridades constitucionais vinculantes, as quais reduz à zero a discricionariedade administrativa e consubstanciam imperativo de agir da Administração, sob pena de omissão lesiva a direitos (fundamentais) dos administrados.

Concomitantemente, colocou-se em evidência a necessidade de maior controle (judicial) de juridicidade dos atos da Administração quando age em nome da discricionariedade administrativa, sob pena de subtrair à apreciação judicial a lesão ou ameaça de lesão a direitos dos administrados.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: revista dos tribunais, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. 2.ed., 4. reimp. – São Paulo: Atlas, 2007.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5. ed. rev. e amp., São Paulo: Malheiros, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014, Tese (doutorado em direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

HIEN, Eckart. O controle judicial das decisões administrativas discricionárias. **REVISTA CEJ**. Brasília, v. 8, n. 27, p. 18-23, out./dez. 2004.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações do direito administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 2, jun./ago, 2005.

PAIVA, Mônica Aparecida de Araújo; LELIS, Davi Augusto Santana de. Os graus de vinculação na atuação da administração pública nas políticas públicas de distribuição de medicamentos. **Direitos sociais e políticas públicas V** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Eid Badr, Veronica Teixeira Marques, Antonio Roberto Faustino da Costa. – Florianópolis: CONPEDI, 2014.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionário. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015