

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**MAUREEN PACIORNIK LONDON**

**AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DAS  
DECISÕES DISCRICIONÁRIAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS**

**CURITIBA**

**2012**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**MAUREEN PACIORNIK LONDON**

**AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DAS  
DECISÕES DISCRICIONÁRIAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Angela Cassia Costaldello.

Coorientador: Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama.

**CURITIBA**

**2012**

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, sem identificar um ou outro antes para que não haja retaliações, por terem me oportunizado tudo que tive e tenho na vida. E aproveito para dizer que, apesar das incessantes discussões e momentos de estresse, amo muito vocês.

Ao meu irmão e às minhas avós, que estão sempre ao meu lado, ainda que uma delas só em memória e em saudade.

Ao Johnnie por alegrar meus dias.

Aos meus amigos, sem os quais eu não seria nada. Aos amigos da vida por me acompanharem desde que vim ao mundo e aos amigos da faculdade sem os quais estes cinco anos e os corredores da Santos Andrade não teriam a mesma graça.

À Professora Angela Cassia Costaldello pelos ensinamentos, pela orientação e pelo carinho.

Ao Professor Rodrigo Luís Kanayama pelo auxílio e presteza inestimáveis.

“Cada pessoa que passa na nossa vida passa sozinha, porque cada pessoa é única e nenhuma substitui a outra. Cada pessoa que pela nossa vida passa sozinha, não nos deixa só, porque deixa um pouco de si e leva um pouquinho de nós. Essa é a mais bela responsabilidade da vida e a prova de que as pessoas não se encontram por acaso”. (Charles Chaplin)

## RESUMO

As diferentes ideologias dos Estados estabelecem direitos, deveres, valores e princípios conforme seus objetivos, sua racionalidade e a época em que vigem. Estas mudanças implicam em diferentes formas de agir por parte da Administração Pública, ora mais ora menos interventora, responsável pela realização de muitos interesses e direitos ou apenas pela manutenção da ordem pública. No Estado Democrático de Direito exige-se do Poder Público a realização de múltiplos direitos, com vistas a atender o interesse público. Neste contexto, as políticas públicas são instrumentos estatais que, pela combinação de diversos fatores e pressupostos, implementam atividades e padrões relativos a saúde, educação, infraestrutura, lazer e outras necessidades dos cidadãos. No entanto, como é impossível ao legislador prever todas as situações e todos os provimentos, ainda que a Administração Pública esteja vinculada ao princípio da legalidade, há espaço para a tomada de decisões discricionárias, dentro dos limites do ordenamento jurídico, conforme a conveniência e a oportunidade. Esta possibilidade não exclui, contudo, o cabimento de controle desta atuação. A participação popular, por meio das audiências públicas, é um dos meios de controlar a discricionariedade nas decisões sobre políticas públicas, conferindo-lhes, ainda, maior legitimidade e credibilidade, bem como incrementando o caráter democrático da atividade administrativa.

**Palavras chaves:** discricionariedade; políticas públicas; controle; participação popular; audiências públicas.

## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	7
2.	ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	9
2.1	VARIAÇÕES DOS MODELOS ESTATAIS E A REPERCUSSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	9
2.2	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	12
2.3	REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO .....	15
2.4	PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	17
<b>3.</b>	<b>POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	<b>27</b>
3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	27
3.2	CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....	30
3.3	FORMAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	35
3.4	FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS .....	38
3.4.1	<i>Atuação discricionária da Administração Pública</i> .....	41
4.	CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....	48
4.1	RAZÕES DO CONTROLE .....	48
4.2	FORMAS DE CONTROLE.....	52
4.3	PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	55
4.4	CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....	63
5.	CONCLUSÃO .....	71
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	74

## 1. INTRODUÇÃO

Na medida em que as Constituições impõem aos Estados um maior número de responsabilidades e finalidades a serem atendidas, a Administração Pública, como principal executora destas tarefas, necessita de instrumentos para a efetivação dos direitos e deveres previstos no ordenamento.

A Constituição brasileira de 1988, garantia do Estado Democrático de Direito, estabelece fins, metas, programas, diretrizes e princípios que devem ser observados pelo Poder Público e por toda a sociedade.

Uma das formas de atuação da Administração Pública, implementando programas e realizando direitos, se traduz nas políticas públicas. A realização destas políticas é um direito dos cidadãos e um dever do Estado, uma vez que apenas a iniciativa privada não é capaz de satisfazer as necessidades e interesses públicos.

Algumas escolhas relativas a estas políticas, contudo, fazem parte do âmbito discricionário da Administração Pública. Isto quer dizer que o legislador é incapaz de prever e normatizar todas as situações cotidianas e a respectiva atuação administrativa que se espera. Assim, permite-se ao administrador público, conforme a conveniência e a oportunidade e dentro de limites como os princípios e os direitos fundamentais, que escolha a melhor opção no caso concreto.

A questão é que estas decisões não podem prescindir de certo controle. Ao mesmo tempo em que a Administração Pública detém o poder de realizar escolhas discricionárias, deve estar adstrita a princípios e fundamentos jurídicos.

Além disso, se as escolhas a respeito das políticas públicas visam a atender o interesse público e este interesse é de titularidade da própria população, imprescindível a participação da sociedade na tomada das decisões.

Algumas contradições surgem neste cenário, como, de um lado, a busca da Administração Pública, e a exigência da população, por medidas mais rápidas e eficientes, enquanto, por outro lado, há a necessidade e a importância da implementação de meios de participação para que a população seja ouvida. Também emerge o problema do controle, pois a Administração Pública detém

poderes e prerrogativas, mas até que ponto estes podem ser limitados? E por quem?

Partindo destas premissas o objetivo deste trabalho é apresentar um panorama das políticas públicas e da atuação discricionária da Administração Pública para analisar a participação e o controle popular por meio das audiências públicas.

O foco do trabalho será, justamente, o controle por meio da participação popular, uma vez que durante a pesquisa do tema percebeu-se que há muitos estudos sobre o controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário; no entanto, pouco se diz sobre o controle e a participação popular, ainda que o princípio democrático e o princípio participativo sejam bastante difundidos.

Dessa forma, no primeiro capítulo serão expostas premissas para a compreensão do trabalho. Inicialmente serão feitas considerações a respeito dos diferentes modelos estatais e a respectiva forma de atuação da Administração Pública. Após, será explicado o regime jurídico-administrativo e os princípios que regem a atuação da Administração Pública no Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo será abordado o tema das políticas públicas, seus pressupostos e conceito, bem como a forma por meio da qual a Administração Pública as implementa. Ao final, serão feitas considerações a respeito da discricionariedade administrativa.

O terceiro capítulo buscará demonstrar as razões e formas de controle das decisões administrativas discricionárias sobre as políticas públicas. Ainda, será demonstrada a importância e a necessidade da participação popular e como o controle da atuação discricionária do Poder Público poder ser feito por meio das audiências públicas. Buscar-se-á demonstrar como o diálogo estabelecido pelos órgãos de participação popular, como as audiências públicas, eleva a legitimidade e o grau de democracia do Estado.



## 2. ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com o desenvolvimento do Estado e da sociedade, tornou-se imprescindível a criação de uma Administração Pública que pudesse atender e exercer as atividades relacionadas aos interesses da coletividade. No Brasil, esta função exercida pela Administração Pública é regida pelo regime jurídico-administrativo e guiada por princípios constitucionais.

### 2.1 VARIAÇÕES DOS MODELOS ESTATAIS E A REPERCUSSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As mudanças das sociedades fizeram com que o Estado e o governo assumissem diferentes composições. Desse modo, em cada momento histórico o Estado é regido por determinados princípios e finalidades, alterando, conseqüentemente, as formas de atuação da Administração Pública.

Segundo Fábio Konder Comparato, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, assim como o governo e as sociedades, surgem a partir do poder geral da comunidade, que, em face da insegurança existente no Estado de natureza, passa a buscar a preservação de todos os indivíduos que nela se encontram, com o conseqüente afastamento das individualidades<sup>1</sup>.

Nesse mesmo sentido, Maria Goretti Dal Bosco ensina que

o Estado nasce, desenvolve-se e se transforma, impulsionado por pressões múltiplas da sociedade, as quais podem ser de natureza política, econômica e social, além de ideológica e cultural<sup>2</sup>.

Para satisfazer as necessidades da população o Estado precisa atuar, e o faz por meio da atividade administrativa que varia conforme o modelo estatal, as metas, os meios de ação e as finalidades de cada governo.

---

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Interesse Público*, v.4, n. 16, out/dez, 2002, Porto Alegre: Notadez, p. 49.63, p.51.

<sup>2</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 121.

O arranjo institucional, as atribuições e os propósitos estatais representam a estrutura de valores sob os quais a vida pública será conduzida, além de delimitarem o exercício da autoridade estatal na busca desses valores. A partir dessa estrutura valorativa o Direito Administrativo e a Administração Pública, bem como o modo de suas atividades, serviços e futuras políticas, são definidos.

Durante o Estado Absolutista não se pode afirmar que havia propriamente ato administrativo, uma vez que a ação estatal se dava por meio de atos autoritários, normalmente exercidos pelos monarcas. Nesse período, a administração, o orçamento e o exército eram centralizados, fundados em uma estrutura nacional do Estado, sendo regidos por um ordenamento jurídico rígido<sup>3</sup>.

Já o modelo de Estado Liberal (século XIX), sob a perspectiva de intervenção mínima, baseava-se na liberdade de iniciativa, com pouca interferência estatal nas atividades dos particulares. Segundo Fábio Konder Comparato, neste modelo, o Estado não possuía a função de “guiar a sociedade civil para a realização dos fins comuns”<sup>4</sup>. O Estado tinha como função manter a ordem pública.

É neste período que surge o Direito Administrativo como disciplina autônoma, buscando, ao disciplinar o exercício da função pública, garantir os interesses e direitos dos cidadãos<sup>5</sup>.

No entanto, com a necessidade cada vez maior da intervenção estatal em busca do bem-estar econômico, social e cultural, o Estado Liberal cedeu espaço para o Estado Social, uma vez que este atua de forma mais incisiva e interventiva na sociedade.

A ação no Estado Social não se resumia mais à gerência dos fatos conjunturais, passando a incluir o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas de médio e longo prazo<sup>6</sup>. Neste sentido, o Estado não mantinha apenas a ordem pública, mas também desenvolvia “inúmeras atividades na área de saúde,

---

<sup>3</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, pp. 123/124.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, p.55.

<sup>5</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-56, p. 22. TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. In: *Revista de direito administrativo*, v. 209, jul/set, 1997, trimestral, Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, p. 1-6, p. 1.

<sup>6</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 53.

educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo”<sup>7</sup>.

Maria Goretti Dal Bosco explica que a “administração, no Estado social, implica o reconhecimento de direitos ou princípios de caráter prestacional e social que devem orientar a política social e econômica de um país”<sup>8</sup>.

O Estado começou a intervir na sociedade, por meio de regras reguladoras da economia, visando principalmente ao desenvolvimento econômico. Isso ocorreu pela ampliação do poder de polícia da Administração Pública e do aumento na prestação de serviços públicos. Dessa forma, o Estado passou a garantir as condições mínimas de sobrevivência aos cidadãos<sup>9</sup>.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 passou-se para o modelo de Estado Democrático de Direito, em que o Estado está

diretamente vinculado ao atendimento de uma série de objetivos axiológicos, relacionados à progressiva promoção de determinados fins, como a superação das desigualdades material (...), realização de uma justiça substancial e a salvaguarda da democracia<sup>10</sup>.

O Estado Democrático de Direito atribui aos direitos fundamentais uma dimensão material. Ou seja, atividades como prestações de saúde, educação e segurança social, passam a ser de responsabilidade estatal, além de contarem com a participação democrática.

Assim, valores e opções políticas foram introduzidos na Constituição com status jurídico elevado, hierarquicamente superior, vinculantes aos governos, à Administração Pública e à sociedade<sup>11</sup>.

A legitimidade da atuação do Estado passa a se dar pela realização de finalidades coletivas, que são alcançadas de forma programada, com o auxílio da

---

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 03.

<sup>8</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, p. 134.

<sup>9</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais*, p. 35.

<sup>10</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 23. Thiago Lima Breus diferencia o Estado de Direito do Estado Constitucional, resumidamente, no sentido de que este tem objetivos mais concretos e é baseado em princípios, enquanto aquele é fundamentado estritamente nas leis. Para os fins deste trabalho será utilizado o termo Estado Democrático de Direito como sendo o modelo adotado nos dias atuais.

<sup>11</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Revista de direito administrativo*, v. 240, abr/jun, 2005, trimestral, RJ: Editora Renovar, p. 83-103, p. 86.

população e que estão estabelecidas na Constituição. O administrador público está vinculado ao atendimento dos interesses dos cidadãos, os quais, além de terem direito à satisfação de suas necessidades, devem poder, livremente, realizar suas escolhas e participar das decisões públicas. Nesse mesmo sentido, não mais a natureza do poder da Administração Pública legitima a atividade estatal, mas “a qualidade dos métodos que emprega, como direção pública e participação do usuário”<sup>12</sup>.

Além disso, os princípios constitucionais passam a limitar e a vincular a atividade estatal, impedindo sua violação. As funções estatais sofrem, portanto, uma ampliação, assim como os mecanismos de realização de seus fins e os instrumentos jurídicos de controle<sup>13</sup>.

O Direito Administrativo, em face de todas as mudanças nos modelos estatais, também teve que se adaptar. A Administração Pública deixa de se basear apenas em prerrogativas autoritárias, finalidades abstratas e regras jurídicas específicas, para, no Estado Democrático de Direito, ter objetivos concretos e se submeter a todo o ordenamento jurídico<sup>14</sup>.

Busca-se, desta forma, reduzir o quadro de desigualdade e autoritarismo. O sistema jurídico adquire função programática, com o estabelecimento de condições sociais e econômicas a serem alcançadas, que visam a salvaguardar os requisitos mínimos para uma vida digna de cada cidadão<sup>15</sup>.

Desse modo, é a partir da perspectiva constitucional do Estado, dos deveres e direitos da Administração Pública atual, que será desenvolvida a explicação sobre seus princípios, sua estrutura e seus meios de atuação.

## 2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

---

<sup>12</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, pp. 137 e 139.

<sup>13</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 24.

<sup>14</sup> Esta ideia se traduz no princípio da juridicidade que será analisado adiante.

<sup>15</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 157.

Administrar não significa apenas a prestação e execução de serviços, mas também a direção, a governança, o exercício da vontade com vistas a obter um resultado útil, enfim, o planejamento e a execução de programas<sup>16</sup>.

Apesar do caráter predominantemente executivo da função da Administração Pública, isto não faz com que ela se confunda com o Poder Executivo, nem se resuma a execução das leis. Administrar é mais uma dentre as múltiplas funções do Estado<sup>17</sup>. Enfatiza Miguel Sánchez Morón que a função executiva é mais uma das funções atribuídas ao governo e, indiretamente, à Administração Pública. Nas palavras do autor,

a Administração é, pois, aquela instituição pública que singulariza (e se legitima) por sua função de serviço (com objetividade) aos interesses gerais. (...) Em outras palavras, a Administração é uma organização destinada ao serviço da sociedade, do bem comum e dos interesses gerais definidos pelas normas jurídica e pelos órgãos do governo democraticamente eleitos (direta ou indiretamente) pelos cidadãos (...). Uma organização profissional e capaz de realizar e gerir (melhor ou pior na prática) com objetividade as atividades e serviços que requerem o interesse geral<sup>18</sup>.

Nesse sentido, Felipe Rotondo Tornaria ensina que a Administração Pública está a serviço do público, é um instrumento para o interesse geral<sup>19</sup>. Assim, a atividade estatal, por meio do exercício de suas prerrogativas, somente se legitima quando, e na medida em que, objetive cumprir os deveres que o ordenamento jurídico lhe impõe.

Por se tratar de um Estado Democrático de Direito, em que diversos princípios e diretrizes são impostos pela Constituição, é que a Administração Pública tem papel fundamental no cumprimento dos fins do Estado e, em última instância, para a realização do interesse público.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 49.

<sup>17</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, pp. 34/35.

<sup>18</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 99/100. Tradução livre. "La Administración es, pues, aquella institución pública que se singulariza (y se legitima) por su función de servicio (con objetividad) de los intereses generales. (...) En otras palabras, la Administración es una organización destinada al servicio de la sociedad, del bien común, de los intereses generales que han sido definidos por las normas jurídicas y, en el marco de las mismas, por los órganos gubernativos democráticamente elegidos (de manera directa o indirecta) por los ciudadanos (...). Una organización, por lo demás, profesionalizada y capaz de realizar y gestionar (mejor o peor en la práctica) con objetividad las actividades y servicios que requiere el interés general".

<sup>19</sup> TORNARÍA, Felipe Rotondo. *Derechos Fundamentales Y Administración Pública*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1587-1602, p. 1588.

Faz-se necessário delimitar o que se entende por interesse público, uma vez que o termo permeia grande parte deste trabalho.

Não há, na doutrina, legislação ou jurisprudência, uma definição unânime de interesse público. Pode-se dizer, inclusive, que há uma pluralidade de interesses públicos<sup>20</sup>, e, ainda, que é um conceito mutável conforme o tempo e local em que se insere.

Adotar-se-á nesta pesquisa o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>21</sup>, no sentido de que o interesse público é o objeto que deve ser buscado por meio do exercício da função pública, é o foco da atuação administrativa. Segundo o autor, este interesse não pode ser entendido como a somatória dos interesses individuais, mas sim como um “interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social”, como a dimensão pública dos interesses individuais. Seria um interesse pessoal, mas que surge enquanto o indivíduo é partícipe da coletividade. Este interesse não é autônomo, não existe por si só como “realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”<sup>22</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Melo explica que o interesse público não é

*um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público (...) só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integram no futuro. (...)*

*Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem***<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 114.

<sup>21</sup> Para mais sobre o interesse público ver: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011; SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 59.

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 59/61. Grifos no original.

Felipe Rotondo Tornaría ensina que um interesse público em que cada indivíduo não pode se encontrar e se identificar é falso. Esse interesse, contudo, não detém um significado único e invariável, ele é relativo, conforme a época e o meio em que se estabelece<sup>24</sup>.

Acrescenta-se, ainda, parte do posicionamento de Marçal Justen Filho, que destaca a finalidade do interesse público como sendo a realização de um direito fundamental, uma vez que a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais são anteriores à supremacia do interesse público. O interesse público não pode ser tomado como um pressuposto das decisões administrativas, mas sim como resultado<sup>25</sup>.

Dessa maneira, considerando o interesse público como um dos fins da atividade estatal, a existência de uma instituição capaz de gerenciar, instrumentalizar e efetivar as garantias fundamentais é imprescindível para garantir que a previsão constitucional e infralegal a respeito de direitos e deveres do Estado e da sociedade seja implementada.

### 2.3 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

A atuação da Administração Pública se pauta no regime jurídico-administrativo que, segundo Marçal Justen Filho, é um conjunto de normas jurídicas que regula a atividade e a organização desempenhadas em prol do interesse coletivo. Estas normas são indisponíveis e vinculadas a satisfação de fins pré-determinados<sup>26</sup>.

Para que a Administração Pública possa cumprir suas funções e atender ao interesse público, detém poderes, deveres e direitos, pautados em uma série de princípios e regras jurídicas, os quais garantem a satisfação de interesses indisponíveis pelos órgãos públicos<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> TORNARÍA, Felipe Rotondo. *Derechos Fundamentales Y Administración Pública*, p. 1589.

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 126.

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 104.

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 105.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica o regime jurídico-administrativo a partir de prerrogativas e sujeições.<sup>28</sup> José Cretella Júnior define as prerrogativas como sendo

as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular<sup>29</sup>.

As sujeições, por outro lado, são os limites impostos à Administração Pública, por meio da delimitação de fins e princípios que devem ser observados, sob pena de nulidade do ato administrativo<sup>30</sup> ou responsabilidade do administrador<sup>31</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o regime jurídico administrativo é composto por um conjunto de princípios peculiares do Direito Administrativo, que guardam relação lógica de coerência entre si. Para o autor, “função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público”<sup>32</sup>, sendo esta a principal finalidade do Estado.

Dois princípios são protagonistas na teoria do autor. A supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que implica em uma posição privilegiada e de superioridade do órgão responsável por cuidar do interesse público nas relações com os particulares. Ela permite a proteção de tal interesse e acarreta em uma verticalidade nas relações entre a Administração Pública e o particular, sendo esta situação uma condição para que os interesses públicos conflitantes possam ser gerenciados. Destaca-se que os poderes conferidos à Administração Pública são instrumentais e só se legitimam na medida em que atendam o interesse público<sup>33</sup>.

O segundo princípio é a indisponibilidade do interesse público, identificada na medida em que a atuação dos órgãos administrativos não está à livre disposição do Poder Público, devendo respeitar uma série de limites e princípios, como a

---

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 62/63.

<sup>29</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, n. 97, jan/mar, 1988, trimestral, Brasília: Senado Federal, p. 5-52, p. 23.

<sup>30</sup> O termo “ato administrativo”, ao longo do trabalho, não será utilizado em sentido estrito, mas pretende-se referir a todos os atos realizados pela Administração Pública.

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 62/63.

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 52 e 29.

<sup>33</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 70/72.



legalidade, a isonomia dos administrados em face da administração e a inalienabilidade dos direitos concernentes ao interesse público<sup>34</sup>.

Independentemente da teoria que se adote, certo é que o regime jurídico-administrativo que regula a atuação administrativa deve ser pautado pelo equilíbrio entre privilégios e garantias conferidos à Administração Pública<sup>35</sup> para que esta possa satisfazer os interesses públicos dentro dos limites do ordenamento e de forma a permitir seu controle.

Interessa, neste momento, descrever alguns princípios que, com o advento da Constituição de 1988, foram inseridos no ordenamento – explicita ou implicitamente - e, em conjunto com novas finalidades e metas do Estado e da sociedade, conferem direitos e deveres aos cidadãos e à Administração Pública.

## 2.4 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios têm relevante papel no Direito Administrativo<sup>36</sup>, especialmente com a instituição de uma nova ordem constitucional, por meio da qual o ordenamento jurídico brasileiro, de modo geral, tornou-se muito mais principiológico do que sob a égide de outras Constituições<sup>37</sup>. De acordo com Inocêncio Mártires Coelho:

o sistema constitucional da Administração Pública brasileira foi estabelecido como um conjunto de princípios, subprincípios e algumas regras, considerados necessários à garantia de sua ordem e unidade internas, a fim de que as entidades e órgãos possam atuar, na maior harmonia possível, para a consecução dos seus fins<sup>38</sup>.

Em relação à Administração Pública, a compreensão de alguns princípios se torna fundamental, uma vez que têm incidência direta, guiando e limitando, a atuação estatal e da sociedade.

---

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 74/75.

<sup>35</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, pp. 54/55.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 64.

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 875.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 876.

Para os fins a que se propõe este trabalho<sup>39</sup>, serão feitas rápidas considerações a respeito de alguns princípios que se relacionam com a Administração Pública e com as políticas públicas.

Os princípios, ensina Robert Alexy, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (...). Os princípios são mandatos de otimização”. Ao contrário das regras que, quando válidas, devem ser cumpridas integralmente<sup>40</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho identifica os princípios como normas de elevado grau de abstração; vagos e indeterminados, que requerem interferências para serem concretizados; normas com posição hierarquicamente superior nas fontes do sistema e de grande importância estrutural, tendo, portanto papel fundamental no ordenamento jurídico; são padrões juridicamente vinculantes; e são fundamentos de regras, constituindo a racionalidade normativa<sup>41</sup>.

Dessa forma, os princípios podem ser apreendidos como normas abstratas, indicativas de fins e valores, que conferem coerência e unidade ao sistema, norteando a atuação da sociedade e da Administração Pública, devendo ser aplicados na maior medida possível.

A partir destes critérios, brevemente, serão pontuados alguns princípios aos quais se submete à Administração Pública, conforme dispõe a Constituição de 1988, explícita ou implicitamente.

O *princípio da legalidade* está expresso no artigo 5º, inciso II, da Constituição de 1988, nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Especificamente quanto à Administração Pública, o artigo 37, também da Constituição, prevê a submissão do Poder Público ao princípio da legalidade<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> O objetivo desta monografia é descrever a forma de atuação da Administração Pública em relação às políticas públicas, especialmente no âmbito discricionário, e o seu controle.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86. Tradução livre. “(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización (...)”.

<sup>41</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pp. 166/167.

<sup>42</sup> Constituição de 1988 - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que o princípio da legalidade é “uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”, uma vez que a lei os define e, simultaneamente, determina até que ponto a Administração Pública pode interferir nestes direitos em prol da sociedade<sup>43</sup>. Assim, a atividade administrativa, além de não poder contrariar a legislação, restringe-se àquilo que a legislação prevê.

Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta que o princípio da legalidade abrange o princípio da finalidade, uma vez que entender o objetivo da norma é fundamental para compreender a lei. Além disso, a “atividade administrativa desconhecida com o fim legal é inválida e por isso judicialmente censurável”, ou seja, aplicar a norma não é simplesmente fazê-lo em consonância com as exatas palavras da lei, mas sim em conformidade com o objetivo pretendido<sup>44</sup>.

No entanto, em determinadas ocasiões, as leis preveem situações abstratas, deixando para o administrador, no caso concreto, optar por um direcionamento mais adequado, conforme a conveniência e a oportunidade. Nestes casos a Administração Pública terá que exercer seu poder discricionário e atuar dentro dos limites do ordenamento jurídico, mas não necessariamente de acordo com lei expressa<sup>45</sup>.

Esta ideia traduz o *princípio da juridicidade*, a partir do qual a Administração Pública se submete não só à lei formal, mas a todos os atos normativos, valores e princípios do Estado Democrático de Direito.

Cármem Lúcia Antunes Rocha afirma que este princípio caracteriza a Administração Pública como o próprio direito, no seu momento dinâmico. Explica a autora que a finalidade dos administradores é concretizar os efeitos previstos nas normas jurídicas, traduzindo-se em uma função. Assim, o conteúdo do princípio da juridicidade pode ser explicado pela adequação entre o direito posto e a atividade realizada. Isso quer dizer que o direito não se modifica conforme o ente que o aplica, é o mesmo direito legislado que deve ser executado, conferindo harmonia ao sistema<sup>46</sup>.

Inclusive, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê a atuação conforme a lei e o Direito,

---

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 64.

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 78.

<sup>45</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 75/77.

<sup>46</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 81/85.

indicando a submissão não só à lei formal, mas ao ordenamento jurídico de maneira global<sup>47</sup>. Egon Bockmann Moreira explica que esta previsão amplia os limites do princípio da legalidade, vinculando a conduta do administrador não apenas a aplicação formal da lei, mas observando o ordenamento jurídico como um todo<sup>48</sup>.

A Administração Pública está, portanto, submetida não só à lei em sentido estrito e formal, mas também a todo o ordenamento jurídico, devendo respeitar princípios, regras, cultura, valores e visar sempre à obtenção das finalidades constitucionais.

Outros princípios que limitam e pautam a atividade administrativa, especialmente quanto à discricionariedade, são o *princípio da razoabilidade* e o *princípio da proporcionalidade*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe que estes princípios estão interligados, pois a proporcionalidade entre os meios e os fins utilizados e buscados pela Administração Pública é uma das exigências do princípio da razoabilidade<sup>49</sup>.

A atuação administrativa, dessa maneira, não é desprovida de limites e não pode ser desarrazoada, ilógica ou incongruente, ainda que no exercício da liberdade discricionária. Não se imagina que o legislador, ao conferir tal liberdade à Administração Pública, permita também condutas em desacordo com o ordenamento de modo geral e com as finalidades públicas<sup>50</sup>.

Agustín A. Gordillo explica que

a decisão “discricionária” do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

(...)

c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar (...)<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Lei n. 9.784/1999 - Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:  
I - atuação conforme a lei e o Direito.

<sup>48</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4ª ed., atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros editores, 2010, pp. 84 e 92.

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, pp. 80 e 81.

<sup>50</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 79.

<sup>51</sup> GORDILLO, Agustín A. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp. 183/184.

O princípio da razoabilidade, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, trata da compatibilização entre interesses e razões, estabelecendo uma relação razoável entre eles. As escolhas administrativas, portanto, não podem contrariar, por exemplo, a realidade fática, o senso comum, as regras técnicas e a finalidade pública<sup>52</sup>.

Já o princípio da proporcionalidade impõe que haja um equilíbrio entre a atividade administrativa e a situação que lhe deu origem. Isso significa dizer que a Administração Pública deve agir dentro dos fins previstos para aqueles atos, sem excesso, não devendo ser aquém ou além do necessário para atingir o interesse público<sup>53</sup>. Acrescenta-se que a proporcionalidade também se refere aos sacrifícios e benefícios resultantes da atuação estatal, ou seja, as restrições ou benefícios conferidos e o proveito das prestações devem ser balanceados<sup>54</sup>.

Esta proporcionalidade, ademais, “deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive”<sup>55</sup>, e sempre tendo em vista a situação concreta, e não a lei em abstrato.

A Administração Pública, sendo assim, deve agir de forma sensata, plausível, adequada, em conformidade com o ordenamento jurídico, com o caso concreto e com as necessidades a serem atendidas ou benfeitorias que devem ser prestadas.

Para que essa conferência da atuação administrativa possa ser feita, o *princípio da motivação*, embora não esteja explicitamente mencionado na Constituição, é de extrema relevância, uma vez que as razões de fato e de direito que levam a Administração Pública a atuar em determinado sentido devem ser descritas, permitindo a ciência e controle dos atos.

A motivação é essencial na medida em que, sem a justificativa por parte do Poder Público dos motivos que levaram à realização dos atos administrativos, não se poderia afirmar, com certeza, se os demais princípios – legalidade, razoabilidade, finalidade, proporcionalidade etc. – foram atendidos<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pp. 97/98.

<sup>53</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 79.

<sup>54</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, pp. 98/99.

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 81.

<sup>56</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 80.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto a decisão estatal vincula a Administração Pública ao dispositivo legal e aos fatos que a fundamentam<sup>57</sup>.

Além de garantir o conhecimento a respeito das decisões, é por meio da motivação que pode ser feito o controle da legalidade dos atos administrativos, sem o qual a Administração Pública poderia agir irrestritamente e sem atender aos interesses da coletividade e as determinações constitucionais.

Não basta, contudo, que os atos do Poder Público sejam motivados, razoáveis ou proporcionais sem que a população e os demais órgãos tenham acesso a eles. Por isso o *princípio da publicidade* indica a necessidade de os atos da Administração Pública serem divulgados ao público e praticados de forma que todos possam acompanhar e verificar<sup>58</sup>. Ora, sendo pública a Administração, nada mais lógico do que seus atos também sejam públicos, especialmente porque a vontade executada pela Administração Pública é a de toda a população, e não dos agentes públicos.

Assim, se a sociedade é titular dos direitos e interesses visados pela atuação pública, tem o direito de ver os atos publicizados, assim como a Administração Pública tem o dever de publicizá-los.

Conforme Wolgran Junqueira Ferreira,

a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exeqüibilidade, quando a lei ou o regulamento a exigem.

Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesses superiores da Administração (...)<sup>59</sup>.

Considerando que do povo emana o poder e que os administradores públicos atuam como seus representantes<sup>60</sup>, mostra-se indispensável a atuação transparente e motivada do Poder Público.

---

<sup>57</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, p. 89.

<sup>58</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 884.

<sup>59</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Princípios da administração pública: Constituição Federal, art. 37, caput*. Bauru, SP: EDIPRO, 1995, p. 92.

<sup>60</sup> Constituição de 1988 - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem

Devendo a Administração Pública agir em nome e em prol da sociedade, de forma a realizar o interesse público, é que se coloca o *princípio da impessoalidade*. Ou seja,

enquanto estrutura composta de órgãos e de pessoas incumbidos de gerir a coisa pública, tem de desempenhar esse múnus sem levar em conta interesses pessoais, próprios ou de terceiros, a não ser quando o atendimento de pretensões parciais constitua concretização do interesse geral<sup>61</sup>.

Este princípio é inerente ao Estado Democrático de Direito, uma vez que uma atuação pública pessoal é incompatível com este modelo estatal, bem como com os subprincípios do sistema<sup>62</sup>. A relação deste princípio com o princípio da legalidade, por exemplo, mostra-se na medida em que a atuação administrativa está vinculada à lei em abstrato, que é, por decorrência lógica, impessoal.

Conforme ensina Anizio Pires Gavião Filho, o princípio da impessoalidade se apresenta em diversas vertentes. Pode indicar, por exemplo, neutralidade, desvinculação à pessoa do agente político ou do agente público, objetividade, impessoalidade do titular do poder ou da forma de ação<sup>63</sup>.

O *princípio da moralidade*, por sua vez, impõe que a Administração Pública aja não só conforme a lei, obedecendo aos mandamentos jurídicos, mas também de acordo com a ética, com os pressupostos morais da sociedade<sup>64</sup>. No entanto, o conceito de moralidade pode ser bastante vago e variável, conforme o local, época ou agente que o utiliza.

Wolgran Junqueira Ferreira explica que, apesar da dificuldade na especificação do conteúdo deste princípio, os autores que tratam do tema concordam que a moral, para o Direito Administrativo, é aquela retirada “da própria disciplina interna da Administração Pública” e não somente da moral comum<sup>65</sup>.

---

como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 883.

<sup>62</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O princípio da impessoalidade. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, v. 5, n. 18, jul/set, 2007, Belo Horizonte: Fórum, p. 61-98, p. 64.

<sup>63</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O princípio da impessoalidade, p. 68.

<sup>64</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 883.

<sup>65</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Princípios da administração pública: Constituição Federal*, art. 37, caput, p. 72.

Ao explicar a origem da moralidade na Administração Pública, Maria Goretti Dal Bosco pontua que a ideia do princípio é que os atos administrativos sejam fiscalizados não apenas em relação à legalidade, mas também se adequem “aos princípios da boa administração, cuja zona de avaliação é a moralidade administrativa”, que são regras de conduta advindas da própria Administração<sup>66</sup>.

A aplicabilidade deste princípio deve ser pautada pelo entendimento de que o direito e a moral nem sempre seguem o mesmo caminho ou têm os mesmo pressupostos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a licitude e a honestidade são elementos que diferenciam a moral do direito, citando o brocardo “*non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto)”<sup>67</sup>. A Administração Pública, no entanto, deve agir de forma legal e honesta, respeitando o princípio da moralidade.

A moralidade pública deve ser observada por todos os indivíduos da sociedade, seja referente à atividade administrativa, legislativa, judiciária e, também, dos próprios cidadãos.

Por fim, o *princípio da eficiência*, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998, impõe aos administradores públicos uma atuação otimizada, empenhada, que efetive as necessidades da sociedade cujos recursos são destinados para a boa administração<sup>68</sup>.

A eficiência é um dever da Administração Pública e deve ser considerada em sentido amplo, ou seja, envolve a produtividade do servidor público, a perfeição do trabalho e a adequação técnica aos fins buscados pela Administração Pública. A estrita legalidade não é mais o único parâmetro, de modo que são exigidos também resultados positivos e o real atendimento das necessidades e interesses públicos<sup>69</sup>.

Esta ideia é bastante condizente com o objetivo da Reforma do Estado<sup>70</sup>, por buscar o aprimoramento não só dos funcionários e do arranjo estatal, como também

---

<sup>66</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discrecionalidade em políticas públicas*, p. 180.

<sup>67</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 77.

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 884.

<sup>69</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 32. ed., atualizado até a Emenda Constitucional 51 de 14.02.2006 por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, SP: Malheiros Editores, 2006, pp. 96/97.

<sup>70</sup> A Reforma do Estado que ocorreu no Brasil entre 1995 e 2002, particularmente por meio de Emendas constitucionais em 1998 e a criação das agências (novos órgãos públicos), buscou estabelecer a administração gerencial, tendo como foco a eficiência e os resultados e pautando no mercado a atuação do Estado. A Reforma Gerencial visava “aumentar a eficiência e a efetividade dos



da economia e da instituição estatal como um todo. Por isso é que se espera o melhor desempenho dos agentes públicos, bem como a realização dos melhores resultados a fim de atender as necessidades da sociedade<sup>71</sup>.

O princípio da eficiência, portanto, implementa a ideia de otimização da relação da atuação administrativa com os resultados alcançados, e deve envolver, além da avaliação econômica da relação, o entendimento da eficiência enquanto valor, primando pela ética e pela busca de justiça, como ideal do Estado<sup>72</sup>.

Assim, a atuação administrativa em busca da eficiência não pode se justificar a qualquer custo, devendo sempre ser aplicada em conformidade com o restante do sistema, em especial com os demais princípios.

Neste contexto, a Administração Pública e o regime jurídico administrativo se tornam elementos essenciais na sociedade contemporânea, tendo em vista a função prestacional do Estado e a enorme quantidade de direitos e deveres garantidos aos cidadãos e ao próprio Estado.

No entanto, ainda que a inclusão de direitos e garantias na Constituição tenha aplicabilidade imediata, isto não assegura a efetivação destes preceitos. Segundo Paulo Bonavides:

o Estado de direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais. Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros comportamentos estatais. O cumprimento dos cânones constitucionais pela ordem jurídica terá dado um largo passo à frente. Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais<sup>73</sup>.

---

órgãos estatais, melhorar a qualidade das decisões estratégicas do governo e voltar a Administração para o cidadão-usuário (ou cidadão-cliente). A lógica da atuação da Administração Pública deixa de ser controle de procedimentos (ou de meios) para ser pautada pelo controle de resultados, buscando a máxima eficiência possível. Para tanto, um dos pontos-chave da Reforma é atribuir ao administrador público parte da autonomia de que goza o administrador privado (...)." BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-162, p 150.

<sup>71</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 84.

<sup>72</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, p. 195.

<sup>73</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.245.

Para isto são necessárias técnicas jurídicas e instrumentos práticos capazes de efetivar as normas constitucionais. Nesse quadro é que as políticas públicas passam a ser instrumento essencial de atuação governamental.

### 3. POLÍTICAS PÚBLICAS

A realização dos interesses públicos, dos direitos e necessidades da população, cabe, no Estado Democrático de Direito, ao Estado, por meio da atividade da Administração Pública. Para isso, ela detém poderes e meios de execução da sua atividade, alguns previstos em lei e outros apenas orientados pelo ordenamento jurídico.

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a inserção de um novo rol de direitos no sistema jurídico, a intervenção estatal no âmbito econômico e social foi ampliada<sup>74</sup> e, para acompanhar estas mudanças, o Direito Administrativo procura “novas formas jurídico-institucionais de configuração da Administração Pública e suas relações com os cidadãos, nas mais variadas perspectivas”<sup>75</sup>.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, a “concretização de valores declarados nas Constituições, agora reconhecidas como normas, dotadas de força vinculante, e, portanto, exigidas socialmente”, se tornaram fator de legitimidade<sup>76</sup>. A Constituição passa a ter “força vinculante sobre a conduta dos indivíduos e do Estado”<sup>77</sup>. Conforme ensina Konrad Hesse, a Constituição tem força ativa, influenciando e determinando a realidade política e social. Assim, “a Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel”<sup>78</sup>.

A concretização destes direitos, contudo, depende, além do fator econômico, do fator institucional, vez que são necessários instrumentos e processos político-

---

<sup>74</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50, p. 5.

<sup>75</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

<sup>76</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 36.

<sup>77</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 6.

<sup>78</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 24/25.

jurídicos para realizá-los<sup>79</sup>. Assim, passa a ser necessária “uma dogmática jurídica específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos”<sup>80</sup>.

O Direito Administrativo, embora tenha grande cunho político, especialmente porque lida com questões essenciais da “ciência política como são as relações entre o Estado e o cidadão, a autoridade e a liberdade, a sociedade e o indivíduo”, não é direito exclusivamente político, mas sim “um subsistema do sistema jurídico que encontra sua especificidade nas normas que disciplinam a descoberta e a realização do interesse ou dos interesses públicos pelo aparelho de Estado”<sup>81</sup>. As escolhas feitas pela Administração Pública não são um tema estritamente político e, portanto, devem respeitar os limites impostos pelas normas constitucionais e ter em vista os fins prioritários do Estado. O poder concedido ao Estado, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

tem caráter *político*, pois refere-se à organização e direção da sociedade, mas, com o desenvolvimento e aperfeiçoamento da convivência organizada, passou a ter também caráter *jurídico*, pois submeteu-se às próprias normas que produziu, daí surgindo o Estado de Direito. Em suma, considerando-se as duas características, o poder estatal tem natureza *juspolítica*<sup>82</sup>.

Fábio Konder Comparato ensina que a política é uma atividade que engloba normas e atos, mas deles se difere. É, na realidade, “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”<sup>83</sup>. A política, de acordo com Maria Paula Dallari Bucci, é um procedimento em que o governo escolhe os instrumentos para realizar seus objetivos, com a participação de agentes públicos e privados<sup>84</sup>.

Para a autora, todas as manifestações do Direito Público, como os atos administrativos, leis, decretos e Constituição, devem transmitir a relação entre o jurídico e o político, e concretizar o interesse público. Esta conexão pode ocorrer

---

<sup>79</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 36.

<sup>80</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, p. 86.

<sup>81</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 38.

<sup>82</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, pp. 10/11. Grifos no original.

<sup>83</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, p. 57.

<sup>84</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 259.

tanto com a inserção de elementos jurídicos nas decisões políticas, como informando o direito com elementos políticos<sup>85</sup>.

Em que pese a vinculação do Estado Democrático de Direito à Constituição, não há que se falar em invasão do espaço político, pois as decisões políticas não podem ser transferidas do povo e de seus representantes aos juristas e operadores do direito<sup>86</sup>.

Maria Paula Dallari Bucci alerta que esta interpenetração entre política e direito pode levar à descaracterização da lei. De qualquer forma, as políticas públicas convivem com a legalidade, já que devem ser pautadas por esta e pela constitucionalidade<sup>87</sup>.

Destaca-se que apesar da divisão de competências e funções entre os três Poderes, no âmbito das políticas públicas há uma interação entre eles. Como será visto adiante, em princípio, é o legislador quem decide sobre assuntos públicos, por meio de leis e outros atos normativos. No entanto, há problemas cotidianos que, em razão da impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses, são resolvidos pela Administração Pública<sup>88</sup>.

A Constituição de 1988 trouxe uma série de mudanças ao sistema nacional, fazendo com que o Estado assuma obrigações e prestações perante os cidadãos, estabelecendo, além dos direitos, previsões estruturais e organizacionais, princípios regentes e impositivos, “elementos normativos associados a opções políticas gerais, como a busca ao desenvolvimento e a erradicação da pobreza e particulares, como a prestação de serviços públicos de saúde”<sup>89</sup>.

Maria Paula Dallari Bucci pontua que “a introdução dos direitos sociais só faz sentido, do ponto de vista normativo, se estiver associada a um conjunto de garantias”, na mesma linha que transformou os direitos individuais em referências e estruturas do Estado Democrático<sup>90</sup>.

Questiona-se, portanto, como seria a eficácia relativa às normas da ordem constitucional social e, ainda

---

<sup>85</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, pp. 39 e 242.

<sup>86</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, p. 92.

<sup>87</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, pp. 254 e 256.

<sup>88</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 13.

<sup>89</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 199.

<sup>90</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 7.

como definir e dar validade a direitos que não se realizam imediatamente, mas sim evoluem e são preenchidos por significados, que se modificam com os movimentos sociais e com a educação do povo para compreensão e defesa de tais direitos, que não pertencem a um indivíduo, isoladamente, mas a um grupo, classe ou coletividade? Como dar eficácia a tais direitos, fugindo da definição de normas meramente programáticas? A ordem social Constitucional estabelece obrigações para o Estado, mas também para toda a coletividade. Orienta a Administração na implementação de *políticas públicas* necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, resguardando ao cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado<sup>91</sup>.

Dentre as funções assumidas pelo Estado na contemporaneidade encontra-se a decisão sobre “os rumos da sociedade”, que, para Maria Paula Dallari Bucci, “deve estar direcionada a buscar o aprimoramento da vida em comum como requisito de legitimidade e de legitimação”<sup>92</sup>. Para a autora, esta atuação do Estado ocorre por meio da edição de normas jurídicas contendo os objetivos a serem alcançados.

Assim, as decisões estatais detêm parcela significativa de influência sobre os cidadãos, sendo uma das funções prioritárias da atuação da Administração Pública atender ao interesse público<sup>93</sup>. Neste sentido, questiona-se se as políticas públicas não seriam juridicamente relevantes como forma de institucionalizar conflitos e reunir interesses<sup>94</sup>.

As políticas públicas, portanto, são um instrumento capaz de implementar os objetivos do Estado, do governo e da Administração Pública e, ao final, realizar os interesses públicos, satisfazendo as necessidades sociais.

### 3.2 CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

---

<sup>91</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 202. Grifos no original.

<sup>92</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74, p. 51.

<sup>93</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 214.

<sup>94</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 241.

As políticas públicas derivam preponderantemente da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública e têm como foco as interações entre a ação do Poder Público e a política. Apesar de carregarem elementos externos ao universo jurídico, como dados econômicos, históricos e sociais, a importância de entender as políticas públicas dentro do campo jurídico se revela na medida em que o “quadro institucional no qual atua uma política” se assenta sobre o direito<sup>95</sup>. Cristiane Derani complementa essa ideia ao afirmar que é a partir de uma construção normativa que surge a política pública, sendo o direito a base da política<sup>96</sup>.

A depender do perfil institucional de cada Estado as políticas públicas podem ser definidas de diversas formas, o que implicará em benefícios ou não para os indivíduos que participam do processo político e, conseqüentemente, influenciará nos resultados alcançados<sup>97</sup>.

De qualquer forma, independentemente da forma de atuação do Estado e o meio pelo qual as políticas públicas são implementadas, seja de forma vinculada ou discricionária, a atuação do Poder Público deve expressar “escolhas politicamente informadas que por essa via demonstrem os interesses públicos a concretizar”, e não a vontade do próprio agente. Dessa maneira, a temática das políticas públicas está ligada ao Direito Administrativo na medida em que as metas traçadas levam à determinada forma de agir do Poder Público e ao alcance de resultados desejados<sup>98</sup>.

Tendo em vista que as políticas públicas são expressas de diversas maneiras é importante, primeiramente, identificá-las e especificá-las. Segundo Maria Paula Dallari Bucci, esta forma de atuação da Administração Pública tem

distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo<sup>99</sup>.

A “política pública, enquanto atividade do poder público apresenta algumas características principais: conteúdo, programa, orientação normativa, fator de

---

<sup>95</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, pp. 1, 37 e 46.

<sup>96</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131-142, p. 135.

<sup>97</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, p. 248.

<sup>98</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, pp. 267/268.

<sup>99</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 11.

coerção e competência social”<sup>100</sup>. Neste sentido, as políticas, segundo Ronald Dworkin, são um padrão “que estabelece um objetivo para ser atingido, geralmente uma melhoria de caráter econômico, político ou social na comunidade”<sup>101</sup>.

Apesar de as políticas públicas terem natureza política, por serem um mecanismo do Estado voltado à efetivação dos direitos fundamentais, advêm e estão submetidas à Constituição<sup>102</sup>. Seja qual for a forma que a política pública assuma, deve sempre estar em conformidade com os princípios constitucionais, como moralidade, eficiência<sup>103</sup>, legalidade e publicidade. Cristiane Derani explica que as políticas públicas estão vinculadas aos princípios, seja porque eles indicam os fins a serem atingidos, seja por limitarem a atividade política<sup>104</sup>.

Segundo Ana Paula de Barcelos, a Administração Pública deve promover e proteger os direitos fundamentais por meio da implementação de “ações e programas dos mais diferentes tipos” e da garantia da “prestação de determinados serviços, etc.”, ou seja, por meio das políticas públicas<sup>105</sup>.

As políticas públicas consistem em ações e programas diversos, cuja realização visa à concretizar as finalidades do Poder Público. Maria Paula Dallari Bucci as define da seguinte forma:

política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

<sup>100</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, pp. 245/246. A autora explica as características mencionadas dizendo que “o conteúdo resulta de um processo de ação e trabalho para a produção de resultados ou produtos (outcomes); o programa pode ser definido como um marco geral, em torno do qual realizam-se os atos ou atividades para a efetivação dos objetivos; por orientação normativa pode-se compreender a expressão das finalidades e preferências que serão assumidas por quem decide, de forma voluntária ou impelido por determinadas circunstâncias; como fator de coerção, pode-se entender que o agente governamental que determina a política pública tem legitimidade de autoridade legal e exerce uma coerção apoiada no monopólio de força, para impor a atividade sobre a vontade dos particulares; a competência social implica um âmbito de aplicação das atividades públicas, representadas, entre outras, pelos atos ou disposições envolvidas, os interesses e os comportamentos das coletividades às quais se destinam”.

<sup>101</sup> DWORKIN, Ronald. The model of rules I, p. 22, *apud* BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O conceito de política pública em direito, p. 26.

<sup>102</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, pp. 21 e 27.

<sup>103</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, pp. 310/311.

<sup>104</sup> DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política, p. 136.

<sup>105</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, p. 90.



Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados<sup>106</sup>.

A partir deste conceito, alguns elementos podem ser identificados. Primeiramente, o termo “programa” permite “individualizar unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar”. É o próprio conteúdo da política pública, do qual fazem parte os objetivos e instrumentos de realização, sendo a fonte primária de legitimação da política pública. Formalmente é representado por documentos escritos e, materialmente, contém os objetivos da ação, os meios disponíveis, a organização administrativa, a definição do público-alvo e sua participação<sup>107</sup>.

Pelo fato de a política pública buscar um resultado determinado e por um período de tempo, outra indicação relevante do conceito é tratar-se de uma ação. Acrescenta-se, ainda, a ideia de coordenação, na medida em que os três poderes, em todos os âmbitos federativos e em todos os órgãos, bem como o Estado e a sociedade civil, devem atuar de forma coesa e induzindo a obtenção de resultados positivos<sup>108</sup>.

Segundo Eloísa de Mattos Hofling as políticas públicas são o Estado em ação, elas implementam “um projeto de governo, através de programas, de ações voltados para setores específicos da sociedade”<sup>109</sup>. Para Maria Goretti Dal Bosco as políticas públicas são um grupo de práticas e normas que derivam de agentes públicos ou aquilo que decorre da atuação de autoridade pública, regularmente investida e legitimada<sup>110</sup>.

As políticas são públicas, de acordo com Cristiane Derani,

quando estas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes. São políticas públicas porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social. São políticas públicas porque empreendidas

<sup>106</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 39.

<sup>107</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, pp. 40/41.

<sup>108</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, pp. 43/44.

<sup>109</sup> HOFLING, ELOÍSA DE MATTOS. *Estado e Políticas (Públicas) Sociais*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0101-32622001000300003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0101-32622001000300003&script=sci_arttext). Acesso em: 23.11.12.

<sup>110</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, p. 245.

pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas<sup>111</sup>.

Assim, as políticas públicas podem ser compreendidas como projetos estatais, frutos de um processo democrático, que tem como objetivo a melhoria de questões sociais, culturais e econômicas, visando a atender o interesse público e os dispositivos jurídicos.

Em face da realidade brasileira, contudo, as políticas públicas não podem ser vistas apenas como “mais uma das modalidades de ação do Estado”, já que são meios de realizar os direitos fundamentais, buscando uma sociedade mais justa e igualitária<sup>112</sup>.

A implementação de políticas públicas visa a atender não só os direitos sociais, que são um dos direitos cuja realização depende de prestações positivas do Estado, mas também se relaciona à política de desenvolvimento estatal, a fim de elevar o nível e a qualidade de vida da população, por exemplo, por meio da atividade de fomento<sup>113</sup>. Esse mecanismo de ação estatal tem em vista a realização de “direitos sociais, econômicos e culturais”, sendo “um veículo privilegiado de realização desses direitos”<sup>114</sup>. Justamente pelo fato de as políticas públicas visarem à efetivação de direitos fundamentais, assumem uma variedade de formas e podem ser direcionadas aos mais diversos âmbitos sociais, como moradia, educação, saúde, economia e lazer<sup>115</sup>.

De acordo com Patrícia Helena Massa-Arzabe existe um *direito das políticas públicas*, que realiza as políticas públicas com vistas a atender relevantes finalidades, como “o fortalecimento de determinados setores da economia interna, o enfrentamento do problema do desemprego, da poluição ou do analfabetismo, a implantação de maior igualdade de gênero, de raça e etnias”<sup>116</sup>. A autora entende que

---

<sup>111</sup> DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do estado na economia*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.239.

<sup>112</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, pp. 204/205.

<sup>113</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 219.

<sup>114</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 204.

<sup>115</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

<sup>116</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das Políticas Públicas*, pp. 53/54.

ao oferecer respostas institucionais ou, antes, caminhos para solucionar os problemas identificados, o direito das políticas públicas abre espaço para o aprimoramento das condições de vida e para a consecução do ideal de vida boa [*good life*] para as pessoas em dada sociedade. Esta nova faceta, vale notar, relegitima o papel do direito enquanto instância mediadora de poder – quer do Estado, quer da sociedade – e de composição de conflitos em sociedade.

A ação do Estado por políticas se faz vinculada a direitos previamente estabelecidos ou a metas compatíveis com os princípios e objetivos constitucionais, de forma que, ainda quando aqueles a serem beneficiados não tenham um direito a certo benefício, a provisão deste benefício contribui para a implementação de um objetivo coletivo da comunidade política<sup>117</sup>.

As políticas, portanto, estabelecem um modo de atuação, determinam objetivos, melhorias a serem alcançadas, sendo imprescindível a interação entre os Poderes para que as políticas públicas sejam efetivadas, vez que as ações estatais dependem da articulação dos Poderes e agentes públicos<sup>118</sup>.

### 3.3 FORMAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A qualidade do processo administrativo<sup>119</sup> que fundamenta e implementa a política pública, de acordo com Thiago Lima Breus, indica sua efetividade. Isso porque, não basta que sejam feitas previsões genéricas e insubsistentes a respeito das políticas públicas, é fundamental que a decisão a respeito delas seja tomada com base em dados reais da sociedade, possibilidades orçamentárias concretas e vontade política para a realização de tais finalidades. O autor explica que apesar de haver uma diversidade de formas de políticas públicas, como as distributivas, redistributivas, regulatórias e constitutivas, elas não podem ser realizadas de forma

<sup>117</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das Políticas Públicas*, pp. 53/54.

<sup>118</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, pp. 253 e 249.

<sup>119</sup> O autor menciona apenas o processo administrativo. Contudo, a partir de uma leitura da obra completa em conjunto com as demais obras que servem de base a este trabalho, pode-se falar que a efetividade da política pública se relaciona não só com o processo administrativo que a precede, mas também com o processo político que a concretiza. Neste ponto é importante destacar que o processo de elaboração das políticas públicas envolve fatores econômicos, políticos e ideológicos. A atuação da Administração Pública não é neutra, nem apolítica e estar relacionada a fins políticos e constitucionais. A interação entre o poder e a sociedade, como elemento político, deve estar presente na prática administrativa para definição do interesse público, bem como na sua execução por meio das políticas públicas. BERCOVICI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado*, pp. 154/155; BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, pp. 268 e 280.

esparsa e incongruente<sup>120</sup>. As políticas públicas, por representarem um instrumento de gestão pública, devem ser agregadas e unificadas, com o objetivo de promover o desenvolvimento social<sup>121</sup>. Neste sentido, Maria Paula Dallari Bucci entende que

o desenho institucional de determinada política depende do conhecimento dos organismos administrativos, dos procedimentos, da legislação, do quadro de pessoal disponível, das disponibilidades financeiras, enfim, de um conjunto de elementos que se não pode, sozinho, desencadear a ação – porque depende do impulso da direção política do governo –, pode, por outro lado, transformar-se em obstáculo para a implementação dessa iniciativa.

(...)

O processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político. (...) O sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com essa qualidade do processo administrativo que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativos, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento<sup>122</sup>.

Em relação ao processo que origina a política pública, Maria Paula Dallari Bucci propõe o entendimento do termo “processualidade” – lembrando que ela define as políticas públicas como resultado de um processo –, que ocorre em três momentos. O momento da formação, no qual a Administração Pública ou os interessados apresentam os pressupostos técnicos e materiais para serem contrapostos com outras hipóteses, trazidas pelas demais partes interessadas. O segundo momento, da execução, se refere à implementação do programa por meio das medidas administrativas, financeiras e legais. Por fim, ocorre o momento em que é feita a avaliação “dos efeitos, sociais e jurídicos” de cada possibilidade, respeitando o contraditório<sup>123</sup>.

Alcindo Gonçalves ressalta que, ao definir políticas públicas como processo, o aspecto teleológico cede espaço ao seu caráter constitutivo, ou seja, evidente que

<sup>120</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 223. Gilberto Bercovici afirma, contudo, que “no plano administrativo, a estrutura do Estado brasileiro não é nem um pouco unificada e coesa. As divisões internas da Administração Pública constituem um sério entrave ao sucesso de uma política de desenvolvimento. Cada órgão administrativo é representante de uma política de interesses políticos distintos, com forças relativas diferenciadas a cada momento.” BERCOVICI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado*, p. 154.

<sup>121</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, pp. 207/208.

<sup>122</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, pp. 268/269.

<sup>123</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 266.

as políticas públicas têm objetivos e buscam a efetividade das metas traçadas, mas não é a isso que elas se limitam, pois, se fosse assim, a questão se resumiria a encontrar técnicas de obtenção de resultados. Para o autor

ao abordar o tema sob a ótica do processo, privilegia-se ainda a dimensão participativa na produção das políticas. Resgata-se a noção do contraditório na sociedade, evitando assim as definições simplistas de “boas” ou “más” políticas. Ao contrário, nesta perspectiva resultam complexas as tomadas de decisão. O arcabouço institucional organiza o processo de definição das políticas, interage com ele (as instituições não são apenas cenário fixo), mas deixa margem para a livre tomada de decisões. Fica ainda evidenciada a dimensão estratégica da atuação no nível do Estado. Processo pressupõe planejamento, decisão (momentos onde a distribuição de poder é chave) e execução da ação. Exige-se, portanto, uma coordenação eficiente e apropriada entre meios e fins, indispensável à formulação adequada das políticas públicas<sup>124</sup>.

Além disso, para que a política pública exista não basta mera previsão normativa, mas as decisões de todos os entes governamentais devem poder ser unificadas no mesmo plano de ação, conferindo sentido a partir da reunião de valores, conhecimentos e instrumentos de ação para que objetivos comuns do Estado e da sociedade sejam concretizados<sup>125</sup>.

Como as políticas públicas fazem parte do “processo de governar”, não se destinam a resolver, por si só, os problemas da sociedade, mas visam a criação de condições políticas e sociais para que a própria sociedade lide com os problemas<sup>126</sup>. Governar, de acordo com Fábio Konder Comparato, vai além da ideia de gerenciar o presente, mas envolve, também, planejar o futuro, por meio das políticas de médio e longo prazo<sup>127</sup>.

Percebe-se que as políticas públicas não possuem conceito único e delimitado, mas são “construto social e um construto de pesquisa. A delimitação das fronteiras de uma política pública tem sempre um componente aleatório”<sup>128</sup>. Não há,

<sup>124</sup> GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75-96, p. 94.

<sup>125</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas Públicas, p. 64.

<sup>126</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas Públicas, pp. 58 e 64. A autora explica que “por conta de seu caráter finalístico de estabelecimento e realização de objetivos socialmente relevantes e mesmo necessários, as políticas públicas pertencem ao âmbito do que vem sendo denominado na doutrina anglo-americana de *governance* ou *governança*. O termo designa não o ato ou a estrutura, mas o processo de governar”.

<sup>127</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora brasiliense, 1989, p. 102.

<sup>128</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 251.

em relação às políticas públicas, um molde jurídico, coeso e absolutamente capaz de ser apreendido pelo ordenamento jurídico, uma vez que o campo de interesse de tais políticas se insere nas mais diversas áreas e assume inúmeras formas<sup>129</sup>.

Pelo fato de as políticas públicas serem um instrumento de atuação estatal, de efetivação dos interesses públicos e das finalidades eleitas por cada governo como prioritárias, o processo que as define “reflete os conflitos de interesses, os arranjos feitos nas esferas de poder que perpassam as instituições do Estado e da sociedade como um todo”<sup>130</sup>. De acordo com Gilberto Bercovici, é a coerência econômica, aliada à viabilidade política e as opções institucionais que determinam os resultados das políticas públicas<sup>131</sup>.

No entanto, apesar desta maleabilidade, as políticas públicas estão atreladas aos princípios estruturantes da Administração Pública, bem como aos elementos que a estabelecem, como os programas, projetos e ações. Assim, os agentes relacionados às políticas públicas não têm ampla liberdade para determinar tais programas de ação, uma vez que devem se pautar na Constituição, nos princípios, nas diretrizes e nos objetivos traçados pelos entes federativos<sup>132</sup>.

As políticas públicas, portanto, são instrumentos de ação estatal que buscam realizar os princípios e as normas constitucionais, satisfazendo o interesse público e os objetivos prioritários dos governos.

#### 3.4 FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto, as políticas públicas podem ser entendidas como um “programa ou quadro de ação governamental” e se caracterizam como “conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é (...) movimentar a máquina do governo, no

---

<sup>129</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 22.

<sup>130</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 254.

<sup>131</sup> BERCOVICI, Gilberto. Políticas Públicas e o Dirigismo Constitucional. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, 2003, anual, Curitiba, PR: Academia Brasileira de Direito Constitucional, p. 172-183, p. 173.

<sup>132</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas Públicas, pp. 69 e 71.

sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”<sup>133</sup>.

As políticas públicas não estão, contudo, pré-determinadas nos instrumentos normativos. Ainda que haja indicações nas leis e na Constituição a respeito dos fins que o Estado deve atender, dos direitos dos cidadãos e dos deveres da Administração Pública, não se define, especificamente, quais políticas públicas devem ser efetivadas e por meio de quais instrumentos. Estas questões são determinadas pelo governo, de acordo com sua ideologia<sup>134</sup>, racionalidade e conforme a necessidade da sociedade que governa.

A Administração Pública se encontra em posição de supremacia sobre o particular, de modo que lhe são conferidos poderes que, no entanto, são limitados pela lei, ou seja, “regrados pelo sistema jurídico vigente”<sup>135</sup>. Almiro do Couto e Silva explica que a atividade pública, no Estado de Direito, está submetida a uma “rede ou malha legal” e, portanto, ligada a um princípio fundamental do Estado de Direito, o princípio da legalidade. Esta malha, contudo, é composta por diferentes combinações de “fios”, alguns são muito unidos e não conferem qualquer espaço aos agentes públicos, enquanto outros são mais espaçados e permitem “liberdade de deliberação e ação”<sup>136</sup>.

Assim, a atuação da Administração Pública pode ser vinculada, pela falta de opções deixadas pela lei - que estabelece a forma pela qual a Administração Pública deve agir – ou, quando a lei não detalhar todas as possibilidades, deixando um espaço para os agentes públicos decidirem há a atuação discricionária<sup>137</sup>. A atividade exercida pelos administradores públicos se submete, portanto, à lei, o que não significa a mera execução automática das previsões legislativas, uma vez que há diferentes graus de liberdade<sup>138</sup>.

Quanto à vinculação da Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que

---

<sup>133</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 14. Grifos no original.

<sup>134</sup> Ao mencionar “ideologias” do governo refere-se aos parâmetros que pautam a atuação e os objetivos de cada governo, são o conjunto de ideias e visões que norteiam os governos.

<sup>135</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 961.

<sup>136</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 51.

<sup>137</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 213/214. Sobre a atuação discricionária da Administração Pública versará o próximo tópico.

<sup>138</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 52.

por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração (...) não interfere com apreciação subjetiva alguma<sup>139</sup>.

Neste caso, a lei, previamente, descreve e regula todas as possibilidades e as atitudes a serem tomadas. Alguns exemplos desta vinculação são: a aposentadoria compulsória de funcionários com mais de 70 (setenta) anos de idade e a obrigatoriedade na destinação de parcela dos recursos públicos em educação e saúde<sup>140</sup>.

Apesar de algumas previsões legais e do respeito às disposições constitucionais de forma geral, o legislador confere ao administrador público certa liberdade de atuação e, neste sentido, Alcindo Gonçalves entende que “o arcabouço institucional organiza o processo de definição das políticas, interage com ele (...), mas deixa margem para a livre tomada de decisões”<sup>141</sup>.

Logo, o administrador pode ter sua atuação completamente definida em lei, resultando um processo objetivo, ou o exercício das suas funções comporta análise subjetiva para complementar a previsão legal<sup>142</sup>.

Esta atuação do administrador que não está completamente adstrita à lei é o âmbito de discricionariedade, que permite ao administrador lidar com as situações

<sup>139</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 430.

<sup>140</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, p. 300. É a previsão do artigo 40, parágrafo 1º, inciso II; artigo 198, parágrafo 2º; e artigo 212, todos da Constituição Federal: Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

<sup>141</sup> GONÇALVES, Alcindo. *Políticas públicas e a ciência política*, p. 94.

<sup>142</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, p. 390.



imprevistas e analisar a melhor opção no caso concreto. Em contrapartida, exige formas de controle a fim de evitar arbitrariedades.

Especialmente em relação às políticas públicas, esta liberdade discricionária conferida à Administração Pública é bastante ampla, pois não há definições precisas e imutáveis a respeito da forma e da escolha de quais políticas públicas devem ser realizadas. Isto, inclusive, não seria sequer desejável em face da constante mudança dos interesses da população, bem como dos objetivos de cada governo.

### 3.4.1 Atuação discricionária da Administração Pública

A complexa realidade do sistema político, social e econômico faz com que as determinações legais, “unívocas e inalteráveis”, não sejam capazes de solucionar todas as situações cotidianas<sup>143</sup>. Diante deste quadro, seria utópico que as leis descrevessem e regulassem todas as situações e as formas de atuação dos agentes públicos.

Devido aos “espaços e aberturas” que são conferidos à Administração Pública para realizar escolhas, ela passa a ter “certo protagonismo político”<sup>144</sup>. A atividade administrativa, de acordo com Miguel Sánchez Morón, não se resume a mera execução da lei, consistindo, na realidade, na gerência dos interesses públicos, satisfazendo as expectativas da sociedade, por meio da aplicação da lei<sup>145</sup>.

Nesta atuação da Administração Pública, em que sua conduta não está totalmente pré-determinada, é que consiste a discricionariedade. Celso Antônio Bandeira de Mello a define como sendo

---

<sup>143</sup> GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitória e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 205-240, p. 212.

<sup>144</sup> GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitória e propostas pós-positivistas, p. 212.

<sup>145</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 31. Tradução livre. “(...) la actividad administrativa no puede identificarse con la mera ejecución de la ley, como podría deducirse de una <<magnificación fetichista de esta última>>, sino que consiste en la gestión de los intereses públicos (o en la satisfacción de las aspiraciones de la colectividad) aplicando las leyes”.

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder, nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa<sup>146</sup>.

João Roberto Santos Régnier, por sua vez, entende que a discricionariedade, no âmbito da Administração Pública, se refere à “possibilidade de escolha conferida ao agente administrativo de agir ou não agir numa determinada direção, consultando para isso a oportunidade e a conveniência da medida”<sup>147</sup>.

A discricionariedade, de acordo com Almiro do Couto e Silva, é, na realidade, um poder de escolha do agente, dentro dos limites legais e, apesar de ser um poder, só terá validade e legitimidade na medida em que for exercido nos limites do espaço demarcado pela lei<sup>148</sup>. Maria Sylvia Zanella Di Pietro utiliza o termo “poder jurídico” para indicar que a discricionariedade é um poder limitado pela lei<sup>149</sup>.

Neste trabalho, a discricionariedade será abordada como a esfera de liberdade concedida pela lei aos administradores para decidir, no caso concreto, conforme a oportunidade (momento) e conveniência (utilidade), buscando alcançar as finalidades legais e o interesse público, circunscrita pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>146</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 973 e 09. O autor define, em outro momento do livro, a discricionariedade como sendo “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 432/433. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sentido bastante similar, entende que “o legislador, não tendo condições de prever e avaliar todas as situações possíveis, é obrigado a deixar certa margem de liberdade para a Administração apreciar os casos concretos segundo critérios próprios e escolher, entre várias alternativas, aquela que lhe pareça mais adequada para a proteção do interesse público que a lei lhe atribui”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 14.

<sup>147</sup> RÉGNIER, João Roberto Santos. *Discricionariedade administrativa – Significação, efeitos e controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 28.

<sup>148</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 54. O autor ainda explica que esta liberdade conferida ao agente público em determinadas situações “pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta”.

<sup>149</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p.64.

A discricionariedade passa a ser fundamental, em face da impossibilidade de o legislador prever todas as situações nas quais decisões terão que ser tomadas. Outros motivos que dão causa à existência desta forma de atuação são: a tentativa de evitar a mera aplicação automática caso a única opção do administrador fosse executar rigorosamente as normas estabelecidas e o fato de a discricionariedade permitir a atuação pró-ativa da Administração Pública, fundamental para o atendimento das diversas e crescentes necessidades da sociedade. Esta flexibilidade é indispensável perante a dinâmica do interesse público<sup>150</sup>.

Em determinadas situações, portanto, a legislação deixa certa margem de liberdade para que o administrador satisfaça a finalidade legal conforme o caso concreto, a partir de um juízo subjetivo e pessoal<sup>151</sup>. Deste modo, quando a Administração Pública atua conforme critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade, pelo fato de a lei deixar um âmbito de liberdade de decisão no caso concreto ao administrador, se está diante de uma atuação discricionária<sup>152</sup> da Administração Pública<sup>153</sup>.

Ressalta-se que em todas as situações em que cabe ao administrador decidir determinadas questões, conforme a conveniência e a oportunidade em face do caso concreto, esta atuação deve sempre buscar realizar o interesse público. Não é, por conseguinte, uma decisão a ser tomada unicamente com base no livre-arbítrio da Administração Pública<sup>154</sup>.

Uma característica da atuação discricionária que merece destaque é o fato da análise do caso concreto ser de extrema relevância no trato deste tema. A discricionação em abstrato ou expressa por meio de normas não é suficiente para sua caracterização e para a determinação de sua extensão. Nem sempre uma situação descrita na norma, que supostamente permite a atuação discricionária do Poder

---

<sup>150</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 214/215.

<sup>151</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 962.

<sup>152</sup> Cabe observar que, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos não são discricionários, na realidade, “discricionária é a apreciação a ser feita pela autoridade”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 81. Neste mesmo sentido, Cássio Cavalli explica que o ato discricionário consiste no “exercício do poder discricionário”. CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In: *Revista de direito administrativo*, v. 251, mai/ago, 2009, quadrimestral, Rio de Janeiro: Editora FVG, p. 61-76, p. 63. De qualquer forma, o uso das expressões “ato discricionário” e “atuação discricionária” serão correntes, ainda que o ato propriamente não seja discricionário.

<sup>153</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 214.

<sup>154</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 436.

Público, no caso concreto dará margem para tal atuação, podendo haver apenas uma conduta possível capaz de satisfazer a finalidade normativa<sup>155</sup>. Quanto a isto, Almiro do Couto e Silva pontua que

em alguns casos, quando diante do fato concreto só cabe uma única medida possível, não se poderá sequer falar em poder discricionário. A discricionariedade fica, aí, reduzida a nada, a zero, pela eliminação da possibilidade de escolha<sup>156</sup>.

Outro ponto relevante diz respeito ao fato de a discricionariedade se caracterizar como liberdade, mas sempre nos limites da lei. A discricionariedade não é resultado de falta de lei<sup>157</sup>. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a própria lei é a fonte da discricionariedade, pois está “só existe nos espaços deixados” pela lei, sendo que as decisões discricionárias devem ser “todas válidas para o direito”<sup>158</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello, na mesma linha de raciocínio, ensina que a atuação discricionária é ligada a uma lei reguladora, ainda que com alguma margem de liberdade na avaliação ou decisão, conforme a conveniência e a oportunidade, sendo “*sempre relativa, sempre limitada*”<sup>159</sup> e só pode ser exercida

de maneira consoante com a busca da *finalidade legal* em vista da qual foi atribuída competência. Logo, seja qual seja a extensão da liberdade resultante da regra a ser cumprida, o administrador não poderá decidir-se por motivos particulares, de favorecimento ou perseguição (...), nem por razões de interesse público diferente daquele contemplado na regra *sub* execução (...)<sup>160</sup>.

Assim, a lei e o direito impõem limites negativos à decisão discricionária, bem como os princípios gerais e o interesse público<sup>161</sup>. O administrador pode agir discricionariamente dentro dos limites do ordenamento jurídico. Não há, dessa forma, ato puramente discricionário, já que sempre devem ser respeitados determinados limites, como competência, finalidade e forma, além dos princípios constitucionais.

<sup>155</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 987/989.

<sup>156</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 61.

<sup>157</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 962.

<sup>158</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 214/215.

<sup>159</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 430 e 968. Grifos no original.

<sup>160</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 985/986. Grifos no original.

<sup>161</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 110.

Miguel Sánchez Morón trata de algumas formas de limites à discricionariedade, como a necessidade de indicação das razões em que se baseia a decisão administrativa, a finalidade de atender ao interesse público e aos princípios gerais do direito, limites organizacionais e procedimentais – respeito às regras de competência e funcionamento interno dos órgãos que expedem decisões discricionárias, bem como exigência de idoneidade destes órgãos<sup>162</sup>.

A definição de limites à discricionariedade permite maior controle da atividade administrativa e torna mais fácil identificar quando a Administração Pública atua além dos seus poderes<sup>163</sup>.

Uma distinção essencial a ser feita é entre discricionariedade e arbitrariedade (ou autoritarismo). Enquanto esta é um poder ilimitado, cuja ideia vai contra a noção de Estado de Direito<sup>164</sup>, na discricionariedade há margem de liberdade ao administrador público em relação a algumas decisões que devem ser tomadas, possibilidade que não deixa de lado o respeito aos princípios constitucionais, aos limites traçados pela própria lei e a alguns aspectos da decisão, como a finalidade, que deve ser sempre pública<sup>165</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello também afirma que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade:

ao agir *arbitrariamente* o agente estará agredindo a ordem jurídica,, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. (...) Ao agir *discricionariamente* o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (...), *cumprindo* a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto

<sup>162</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, pp. 131/143.

<sup>163</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, pp. 36/37.

<sup>164</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 54.

<sup>165</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 214. Celso Antônio Bandeira de Mello, “contrariando a opinião que prevalece pacificamente na jurisprudência e na doutrina brasileiras e majoritariamente fora do Brasil” acredita que, quanto ao fim, também pode haver certa discricionariedade, apesar de dever ser sempre um interesse público. No entanto, a avaliação do que é este interesse público, na maioria das vezes, é subjetiva. O autor conclui que “o fim é *sempre vinculante* (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta *certa margem*, delimitada, é certo, de juízo discricionário”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 431. Grifos no original. Neste sentido, também Almiro Couto e Silva entende que, genericamente, a atividade do Estado sempre tem como finalidade uma utilidade pública. No entanto, “a par do fim genérico, a que tende toda a atividade estatal, pode existir, e geralmente existe, um fim especial, que é o fim imediato do ato administrativo. (...) Por vezes, o agente público tem a possibilidade de escolher a finalidade específica do ato, dependendo, é claro, da margem de poder que lei lhe confere ao fixar a competência”. COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 57.

ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto<sup>166</sup>.

Miguel Sánchez Morón explica que um dos critérios que diferencia a discricionariedade da arbitrariedade é a motivação das decisões. A atuação desacompanhada de motivação é, desde logo, arbitrária. A fundamentação também diferencia essas formas de atuação, pois a decisão administrativa destituída de fundamentação clara e suficiente não detém mais a presunção de legalidade<sup>167</sup>.

Em razão das limitações a que o poder discricionário se submete, como a competência, a forma e algumas normas que impossibilitam determinadas restrições aos particulares em benefício do interesse público, não se confunde com o poder arbitrário<sup>168</sup>.

Apesar destas delimitações, a atuação estatal por meio da discricção pode abrir espaço para a Administração Pública cometer desvios e não necessariamente atender aos objetivos pelos quais tal discricionariedade lhe foi conferida.

Alguns vícios relativos ao exercício da discricionariedade são enumerados por Almiro do Couto e Silva como “transgressão dos limites do poder discricionário”, representada pelo desrespeito, por parte do agente público, aos limites fixados pela lei ao seu poder discricionário; “abuso ou desvio de poder discricionário”, quando o fim buscado na realização do ato é diverso daquele estabelecido pela lei; “não-exercício ou exercício deficiente do poder discricionário, por erro do agente”, pela crença do agente público de que “sua faixa de escolha é menor do que a lei efetivamente lhe concede ou que sua competência é vinculada, ou que simplesmente não dispõe de competência alguma, quando em realidade está investido de poder discricionário”<sup>169</sup>.

Para Maria Goretti Dal Bosco, as razões destes desvios na efetivação das políticas públicas são, basicamente, a corrupção recorrente na atividade administrativa e a falta de compromisso com a eficiência da prestação pública. Complementa a autora que a baixa fiscalização da sociedade por meio dos instrumentos de controle concorre para esta falta de efetividade<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 433. Grifos no original.

<sup>167</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 29.

<sup>168</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 91.

<sup>169</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*, p. 63.

<sup>170</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, pp.312/313.

Quanto ao desvio de poder, Celso Antônio Bandeira de Mello o define como “o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída”. Nestes casos o agente deixa de agir conforme os fins legais e se volta à obtenção de resultado alheio ao previamente estabelecido<sup>171</sup>.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro foi justamente a partir da teoria do desvio de poder que a imposição de limites à discricionariedade foi impulsionada<sup>172</sup>. Assim, apesar de esta atuação discricionária conferir margem de liberdade ao administrador, ela não pode ser destituída de controle<sup>173</sup> e limites, a fim de evitar atuação arbitrária e contrária ao direito. Sem a limitação imposta à atuação discricionária, esta não poderia ter caráter “intralegal” nem poderia ser considerada como poder jurídico<sup>174</sup>.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles observa que há sempre um duplo condicionamento a que se submete a atividade administrativa, o interno e o externo. Este é feito pelo ordenamento jurídico ao qual toda atividade administrativa é subordinada. Já o condicionamento interno se dá a partir das “exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa”. Além disso, há sempre limitações à atuação discricionária calcadas nos princípios jurídicos e nas regras de boa administração<sup>175</sup>.

Percebe-se, neste contexto, que há um paradoxo quanto à questão da discricionariedade. Isto porque, apesar de a realidade se apresentar de forma tão complexa exigindo a possibilidade de certa maleabilidade quanto às leis ou às decisões dos agentes públicos, há uma tendência a reduzir a margem de discricionariedade ou definir conceitos mais objetivos para esta atuação, em uma tentativa de conter o arbítrio da Administração Pública<sup>176</sup>.

De qualquer forma, em razão do cenário de mudanças cotidianas na sociedade, esta discricionariedade na escolha de políticas públicas existe e é necessária, requerendo, contudo, limites e formas de controle.

---

<sup>171</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 980.

<sup>172</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 89.

<sup>173</sup> O tema do controle da atuação discricionária será visto no próximo capítulo.

<sup>174</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 973.

<sup>175</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 120.

<sup>176</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitória e propostas pós-positivistas*, pp. 224/226.

#### 4. CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE EM POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle da discricionariedade, segundo Patrícia Baptista, é o “mais antigo desafio do direito administrativo”, e busca submeter a liberdade dos administradores ao direito<sup>177</sup>. Este controle deve ser feito a fim de conciliar os interesses dos cidadãos, conferindo-lhes proteção jurídica, com a capacidade de a Administração Pública realizar as prestações que lhe cabem<sup>178</sup>.

A influência da Constituição sobre o Direito Administrativo fez crescer a busca pela democratização das práticas administrativas, especialmente “por meio da maior participação dos administrados na vida administrativa”, uma vez que apenas a representação do povo não é mais suficiente<sup>179</sup>.

##### 4.1 RAZÕES DO CONTROLE

O Estado tem o dever de proteger e promover os direitos previstos no ordenamento jurídico. Uma das formas de realizá-los é por meio da execução de políticas públicas (política de segurança, de saúde, de educação etc.), visando sempre o atendimento do interesse público<sup>180</sup>.

Por isso, a Administração Pública, ente que efetiva a manifestação de vontade do Estado, detém um conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas que auxiliam no desempenho desta função e na busca dos objetivos constitucionalmente determinados<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, pp. 20/21.

<sup>178</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 18.

<sup>179</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, pp. 28/29.

<sup>180</sup> AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 217-246, pp. 218/219.

<sup>181</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, pp. 98/100.



As prerrogativas da Administração Pública e sua possibilidade de agir de forma discricionária são pilares que permitem a eficiência de suas ações e mantêm a verticalidade que existe entre administradores e administrados.

As decisões administrativas envolvem não só conceitos jurídicos, mas também políticos, técnicos, de oportunidade e conveniência. Especialmente em relação às decisões sobre as políticas públicas, a definição daquilo que, no momento, atende melhor ao interesse público, envolve valorações jurídicas e extrajurídicas. Dessa maneira, diversas decisões lícitas podem ser tomadas, sendo que não necessariamente existe uma única certa<sup>182</sup>.

Por isso, a escolha a respeito dos rumos e iniciativas da Administração Pública envolve, muitas vezes, decisões discricionárias que são fundamentais para o bom funcionamento do Estado.

Antigamente, como a discricionariedade era considerada “ato de império”, não se admitia qualquer forma de controle e recursos. Esta imunidade, com o tempo, foi cedendo espaço a algumas formas de controle em momentos excepcionais e para questões específicas. Isso ocorre, em especial a partir do entendimento de que a liberdade do administrador para a tomada de certas decisões não exclui a necessidade de se perseguir os fins para os quais esta faculdade lhe foi conferida, ou seja, frente aos desvios de poder, avançou-se no sentido do controle da discricionariedade<sup>183</sup>.

Logo, estes poderes do Estado não impedem a existência de certa limitação, especialmente pela necessidade de respeito aos direitos dos particulares e pelo fato das prerrogativas terem como objetivo a realização do interesse público. Por isso, é fundamental um sistema de garantias e controle que restrinjam as atuações irregulares da Administração<sup>184</sup>. Nas palavras de Agustín A. Gordillo

em nenhum momento pode se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que constituem um limite à discricionariedade administrativa<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, pp. 114/115.

<sup>183</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, pp. 399/400.

<sup>184</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, pp. 101/102.

<sup>185</sup> GORDILLO, Agustín A. *Princípios gerais de direito público*, p. 183.

Cássio Cavalli ensina que esta margem de liberdade que o administrador possui requer a delimitação do conteúdo dos atos discricionários, bem como dos requisitos, para que haja o controle social da atividade administrativa<sup>186</sup>. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a possibilidade de controle do poder é conquista do Estado de Direito e uma das mais importantes, pois permite a proteção das liberdades individuais e a observância dos limites ao poder estatal, além de ser fundamental para a manutenção do Estado de Direito. Acrescenta que a abertura do controle à participação popular configura o Estado Democrático de Direito<sup>187</sup>.

Quanto ao controle da discricionariedade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe um estudo paralelo ao do princípio da legalidade, partindo da premissa de que a margem de discricionariedade pode variar conforme a compreensão da legalidade. Isto quer dizer que quando não há conteúdo axiológico na lei, a força da discricionariedade será maior, pois basta que a Administração Pública respeite a lei formal para ser legal e legítima. Por outro lado, se além da lei formal, são adicionados critérios axiológicos, como valores, a possibilidade de controle dos atos discricionários se amplia, ainda que este se torne mais complexo, já que os valores não são facilmente definidos e percebidos<sup>188</sup>. Esta é a realidade no Estado Democrático de Direito, com a definição de uma série de princípios, interesses e valores, além da lei formal, que tornam o controle dos atos discricionários não só possível como necessário.

O controle da atuação da Administração Pública tem como objetivo garantir que ela se dê conforme os princípios constitucionais, como legalidade, moralidade e impessoalidade, envolvendo, em certos casos, o controle do mérito das decisões<sup>189</sup>.

Especificamente quanto à moralidade, Ricardo Hermany entende que, com base neste princípio, o controle social incide não só sobre a legalidade, mas

---

<sup>186</sup> CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica, p. 62.

<sup>187</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp. 93/94.

<sup>188</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 14.

<sup>189</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 735. Há grande discussão doutrinária a respeito da possibilidade e dos limites do controle do mérito dos atos discricionários. No entanto, este tema não será tratado neste trabalho. Para mais, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2, ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010; MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1995.

essencialmente sobre a legitimidade e, em decorrência, vincula a atividade administrativa a obrigações derivadas, a exemplo da lealdade e boa-fé<sup>190</sup>.

Desta maneira, no atual regime democrático, a discricionariedade não diz respeito à livre decisão da Administração Pública, pois há limites jurídicos gerais e específicos para cada forma de atuação discricionária, além da submissão a regras e procedimentos<sup>191</sup>. Miguel Sánchez Morón complementa esse pensamento com a seguinte afirmativa:

em um regime democrático como o atual, por definição, não há nenhum poder livre e isento de fiscalização, livre e isento de se justificar, posto que toda a atividade governativa e administrativa está submetida, por um lado, a crítica de uma opinião pública livre e de uma sociedade que pode mobilizar-se para alcançar seus objetivos; por outro, a responsabilidade política que essa mesma sociedade torna efetiva periodicamente e à crítica igualmente política que formulam os grupos de oposição nos foros constitucional ou legalmente previstos; e, por fim, a ação de um conjunto de instituições ou órgãos públicos que tem por missão fiscalizar a ação administrativa (incluindo a discricionariedade, obviamente) desde diferentes perspectivas: defensoria pública e órgãos equivalentes, Tribunal de Contas e similares, interventores, inspetores de serviços, órgão de controle jurídico interno - sejam de natureza consultiva, de resolução de recurso ou de assessoria legal, controle de uma Administração sobre a outra, órgãos de participação, garantias de transparência, etc<sup>192</sup>.

Neste sentido, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández afirmam que, cada vez mais forte, há a racionalidade de que não se pode renunciar a um controle dos atos discricionários, sob pena de conferir total liberdade “a favor dos despachos administrativos”<sup>193</sup>.

<sup>190</sup> HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regulação dos atos da administração. In: REIS, Jorge Renato do; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1731-1754, p. 1736.

<sup>191</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, pp.91/92.

<sup>192</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, pp. 154/155. Tradução livre. “En un régimen democrático como el actual no hay, por definición, ninguna potestad libre y exenta de fiscalización, libre y exenta de justificarse, puesto que toda la actividad gubernativa y administrativa está sometida, por un lado, a la crítica de una opinión pública libre y de una sociedad que puede movilizarse para alcanzar sus objetivos; por otro, a la responsabilidad política que esa misma sociedad hace efectiva periódicamente y a la crítica igualmente política que formulan los grupos de oposición en los foros constitucional o legalmente previstos; y, last but not least, a la acción de un conjunto de instituciones u órganos públicos que tienen por misión fiscalizar la acción administrativa (incluida la discrecional, obviamente) desde diferentes perspectivas: Defensor del Pueblo y órganos equivalentes, Tribunal de Cuentas y similares, interventores, inspectores de servicios, órganos de control jurídico interno, ya sean de naturaleza consultiva, o de resolución de recursos, o da asesoramiento legal preceptivo, controle de unas Administraciones sobre otras, órganos de participación, garantías de transparencia, etc.

<sup>193</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, p. 392.

Ressalta-se que o poder discricionário, conforme entende Almiro do Couto e Silva, não é algo estranho ao sistema que deve ser extinto, pois é, apenas, um poder conferido pela lei, que, se ausente no sistema, impediria “a atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública”<sup>194</sup>. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, a partir dos ensinamentos de Afonso Rodrigues Queiró, no regime de divisão dos três Poderes, não é viável juridicamente suprimir a discricionariedade, na medida em que, para isso, o legislador teria que individualizar as leis, e não mais criá-las de forma abstrata, invadindo esfera de poder que lhe é estranha, já que é função administrativa<sup>195</sup>. Miguel Sánchez Morón entende que a discricionariedade administrativa não é um mal à sociedade, que deve ser reduzido, é, na realidade, uma necessidade institucional para o bom funcionamento da Administração Pública<sup>196</sup>.

O que se propõe não é a extinção do âmbito de liberdade administrativa, mas estabelecer a importância do controle dos atos discricionários, a fim de fiscalizar e corrigir atos ilegais, inconvenientes ou inoportunos, assegurando que a atuação da Administração Pública seja coerente com os princípios previstos no ordenamento<sup>197</sup>.

Dessa forma, a importância do controle da discricionariedade administrativa se mostra na medida em que, apesar de sua essencialidade para o bom funcionamento do Estado, há limites e finalidades que devem ser buscados pela Administração Pública, visando ao atendimento do interesse público e obstar decisões irregulares ou ilegítimas.

## 4.2 FORMAS DE CONTROLE

O controle da atuação discricionária da Administração Pública é fundamental e inevitável sempre que esta fugir dos seus limites e fins. Este controle pode ser feito em diferentes momentos e por diversos órgãos.

---

<sup>194</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 67.

<sup>195</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 39.

<sup>196</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 114.

<sup>197</sup> DI PIETRO, María Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, p. 736.

Há diversas classificações a respeito do controle da atividade administrativa, no entanto, adotar-se-á a categorização feita por Maria Sylvia Zanella di Pietro.

O controle pode ser classificado em relação ao órgão que o exerce (administrativo, legislativo ou judicial); quanto ao momento em que é feito (prévio, concomitante ou posterior); conforme se dê por órgão interno ou externo da estrutura de onde emanou o ato controlado (interno ou externo); e de acordo com o aspecto da atividade controlado (legalidade ou mérito)<sup>198</sup>.

Primeiramente, o controle pode ser feito pela própria Administração Pública, com base nos princípios da autotutela (relativo ao controle sobre as entidades da Administração Direta) e da tutela (atinente ao controle sobre os órgãos da Administração Indireta). Neste caso, quando o próprio órgão ou entidade atuante revê seus atos e confere sua legalidade há o controle interno, enquanto quando autoridade hierarquicamente superior o faz identifica-se o controle externo<sup>199</sup>.

O controle dos atos administrativos também pode ser feito pelo Poder Legislativo (controle legislativo) e pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional). Enquanto este é exercido pela intervenção do Judiciário na concretização de direitos<sup>200</sup>, o controle legislativo se traduz, basicamente, no controle político e financeiro, e só pode ser feito nas hipóteses previstas na Constituição<sup>201</sup>.

Em relação ao controle externo, a atividade administrativa está submetida, no Estado Democrático de Direito, ao controle de diversas instituições, como Ministério Público, Tribunal de Contas, Judiciário e a própria sociedade<sup>202</sup>. Se, por um lado, o controle do exercício do poder político e administrativo realizado por órgãos autônomos, a fim de corrigir erros, abusos e arbitrariedades, é imprescindível, por outro, há o problema da legitimidade e responsabilidade que implicaria na alteração da prerrogativa das decisões discricionárias da Administração Pública para outrem<sup>203</sup>. Miguel Sánchez Morón explica que

---

<sup>198</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, pp. 736/737.

<sup>199</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 735.

<sup>200</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 88/91.

<sup>201</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 750.

<sup>202</sup> FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 75. O objeto deste trabalho se restringirá ao controle pela sociedade, por meio da participação popular.

<sup>203</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 15.

restringir ou limitar o controle da discricionariedade administrativa pode ter como efeito manter algumas decisões que não sejam certas e inclusive sejam injustas. Mas extremar o controle judicial<sup>204</sup> implica no risco de substituir decisões de autoridades democraticamente eleitas (direta ou indiretamente) ou de órgãos dependentes por decisões (que também podem ser erradas) de autoridades que carecem de representatividade, apesar de não faltar outro tipo de legitimidade constitucional para o exercício de suas funções. Por outro lado, se coloca a dúvida, especialmente no caso de decisões complexas ou das que tem por base difíceis valorações técnicas, se todos os elementos que a explicam podem ser adequadamente reproduzidos no processo, de forma que podem ser processados com pleno conhecimento da causa, o que nem sempre assegura, por mais extensa que seja, a atividade probatória e a dialética forense<sup>205</sup>.

Ainda que as formas de controle externo também possuam limitações, a fim de não invadir a esfera decisória e administrativa do Poder Público, sua existência é fundamental para manter o equilíbrio entre os poderes e evitar arbítrios dos administradores.

Vale observar que, diferentemente do que pensam alguns autores, como Odete Medauar, a atividade de controle não implica, necessariamente, na expedição de uma medida ou proposta pelo agente controlador a ser adotada pelo agente controlado. Caso fosse assim, não poderiam se considerar como formas de controle pareceres do Tribunal de Contas e consultas públicas<sup>206</sup>. Como se verá adiante se admite o controle popular como forma de controle da discricionariedade das políticas públicas, ainda que sem a expedição de atos vinculantes.

---

<sup>204</sup> Apesar de o autor se referir a ampliação do controle judicial, uma vez que é sobre esta forma de controle que trata no livro, pode-se estender a explicação dada também as demais formas de controle, como a popular que será o tema deste capítulo. Note-se, contudo, que o autor fala em falta de representatividade, o que não aconteceria com a participação popular que teria representatividade para defender seus interesses e direitos. A questão, contudo, passa pela legitimidade de tomar as decisões, bem como o fato de a participação popular nas decisões públicas poder não representar, de fato, todos os interesses, deixando classes e interesses de fora da decisão. Por isso, se entende que extremar o controle e a participação popular também poderiam trazer riscos.

<sup>205</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 15. Tradução livre. "Dicho de otra forma, restringir o limitar el control de la discrecionalidad administrativa puede tener como efecto mantener algunas decisiones desafortunadas e inclusive injustas. Pero extremar el control judicial conlleva el riesgo de sustituir decisiones de autoridades democráticamente elegidas (directa o indirectamente) o de órganos de ellas dependientes por decisiones (que también podrían ser erradas) de autoridades que carecen de representatividad, aunque no carezcan de otro tipo de legitimidad constitucional para el ejercicio de sus funciones. Por otra parte, se plantea la duda, máxime en el caso de decisiones complejas o de las que se basan en difíciles valoraciones técnicas, de si todos los elementos que las explican son adecuadamente reproducibles en el proceso, de manera que puedan enjuiciarse con pleno conocimiento de causa, lo que no siempre asegura, por extensa que sea, la actividad probatoria y la dialéctica forense".

<sup>206</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 22.

### 4.3 PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, responsável pelo atendimento das necessidades e direitos dos cidadãos por meio, dentre outros, das políticas públicas, tradicionalmente formula-as dentro da própria burocracia estatal<sup>207</sup>.

No entanto, nem sempre esses interesses, que devem ser concretizados, ou ao menos proporcionado condições para que os cidadãos os realizem, são harmoniosos, fazendo com que os administradores devam ponderar e, muitas vezes, tomar decisões discricionárias para escolher dentre as opções cabíveis. A Administração Pública deveria “escolher a melhor opção em favor da sociedade ou do administrado isoladamente, dependendo do caso concreto”<sup>208</sup>. No entanto, pela existência de interesses opostos na sociedade, estas decisões favorecem certos interesses, mas acabam refletindo negativamente em determinados setores<sup>209</sup>.

Por isso, existem diferentes meios de controle da atuação administrativa, como o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas, o Poder Judiciário e a participação popular, sendo este o que interessa no presente momento.

Sobre os mecanismos de participação popular, Agustín A. Gordillo destaca a existência de um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que os mecanismos de participação são indispensáveis para criar consenso e adesão dos cidadãos ao sistema, não há consenso sobre a conveniência de se introduzir mais mecanismos participativos, criando um “círculo viciante de inexistência de consenso sobre a necessidade de que haja mecanismos que gerem consenso”<sup>210</sup>.

A forma mais usual e elementar de o cidadão participar da administração e da política estatal é a participação indireta, por meio da eleição de representantes.

---

<sup>207</sup> LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz: EDUNISC, 2005, p. 384-411, p. 391.

<sup>208</sup> PANZA, Luiz Osório Moraes. *Os princípios constitucionais como limitadores da discricionariedade do ato administrativo*. Dissertação (Mestrado em Direito), Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 111.

<sup>209</sup> GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitória e propostas pós-positivistas, p. 209.

<sup>210</sup> GORDILLO, Agustín A. *La administración paralela*. Madrid: Editorial Civitas, 1982, p. 127. Tradução livre. “Nos hallamos pues en un círculo vicioso de inexistencia de consenso aún sobre la necesidad de que haya mecanismos que generen consenso...”.

Assim, eleições, partidos políticos, Congresso e imprensa livre, são condições mínimas de participação em qualquer democracia<sup>211</sup>.

Este sistema de representatividade política, todavia, tem se mostrado insuficiente, pois os partidos políticos não têm condições de representar os diversos interesses da sociedade formulando uma vontade geral<sup>212</sup>. Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que

como a participação *direta* do cidadão nas tomadas de decisão se mostra inviável nas modernas sociedades de massa, em que a instituição estatal se tornou enorme e extremamente complexa (...), e, por outro lado, a participação *indireta*, através do voto, se tornou insuficiente, passou a haver um grande interesse e detectável anseio, nos países democráticos, pelo estudo e pela instituição de formas de participação *semidireta*<sup>213</sup>.

Da mesma forma, as associações, os sindicatos, e outras organizações sociais acabam defendendo apenas os interesses dos seus membros ou daqueles que lhes trarão algum benefício, criando um desequilíbrio em relação aos interesses que não estão acobertados por alguma representação. Portanto, a participação direta do indivíduo na Administração Pública ganha força, abrindo espaço para a “democracia participativa”<sup>214</sup>, sem excluir as demais formas de participação, como o voto direto<sup>215</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a síntese da democracia participativa está no fato de o poder emanar do povo, com quem deve ser exercido conjuntamente, e em seu nome<sup>216</sup>.

<sup>211</sup> GORDILLO, A. Agustín. Ideas sobre participación en America Latina. In: *Revista de direito público*, ano XIV, n. 57-58, jan/jun, 1981, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 29-38, p. 29.

<sup>212</sup> Rogério Gesta Leal explica que atualmente o voto da população não necessariamente se dá baseado nas políticas que pretendem ver realizadas e, ao mesmo tempo, o próprio âmbito político vem sendo dominado por fatores técnicos sobre os quais os cidadãos desconhecem, os afastando dos espaços decisórios. Isso implica no déficit de legitimidade, identidade e eficácia. LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, pp. 403/404.

<sup>213</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*, pp. 18/19. Grifos no original.

<sup>214</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, pp. 120/123, 127 e 163/164.

<sup>215</sup> Agustín A. Gordillo explica que as formas de participação popular, como conselhos econômicos e sociais, entidades e órgãos similares, podem complementar o regime democrático, mas não o substituem, ou seja, ainda que se implementem novas formas de participação da população na sociedade, como assembleias e conselhos, ainda vigoram as eleições diretas, partidos políticos, imprensa livre, periodicidade de governos, etc. GORDILLO, A. Agustín. *Ideas sobre participación en America Latina*, p. 31.

<sup>216</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*, p. XVII.



O princípio democrático faz com que o cidadão constitua, legitime e controle o Poder Público, sendo a participação popular um meio de democratizar a esfera pública<sup>217</sup>. No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho entende que um sistema que permite a influência e a participação do cidadão nas decisões que lhe afetam representa um avanço democrático<sup>218</sup>.

Com a inserção, na Constituição de 1988, dos princípios formadores do regime jurídico-administrativo, impôs-se à Administração Pública a obrigação de valorizar o cidadão, decorrendo disto o direito de participação, concretizado no artigo 37, parágrafo 3º, da Constituição<sup>219</sup>. Este é um direito fundamental, o que garante aos homens, titulares deste direito subjetivo, a possibilidade de impor limites e controlar a atuação do Poder Público<sup>220</sup>. Nas palavras de Adriana da Costa Ricardo Schier,

é possível tratar os direitos fundamentais como elementos indissociáveis do Estado Social e Democrático de Direito, pois exercem uma função limitativa do poder e, ao mesmo tempo, uma função legitimadora do Estado e da Constituição, vinculando toda a atividade pública ao respeito e à promoção da dignidade da pessoa humana<sup>221</sup>.

Os direitos dos cidadãos na sociedade contemporânea não são mais vistos apenas como um obstáculo à atuação estatal, mas como direitos positivos, que exigem do Estado a promoção, o estímulo e a criação de formas de participação do cidadão na política e no controle da atuação governamental<sup>222</sup>.

Estes direitos de participação popular na formação dos atos públicos são definidos, por Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, como direitos de quarta dimensão e implicam na participação efetiva dos particulares na

<sup>217</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74.

<sup>218</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 133.

<sup>219</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente (...). Outros artigos constitucionais remetem à participação popular na Administração Pública como os artigos 10; 194, parágrafo único, inciso VII; 198, inciso III; 204, inciso II; 205; 216, parágrafo 1º; etc.

<sup>220</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, pp. 8, 27/29.

<sup>221</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, p. 31.

<sup>222</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 53. Grifos no original.

produção de atos da Administração Pública, que se tornam consensuais, fundados na cooperação e não na imposição<sup>223</sup>.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti identifica a atual fase da relação Estado-particular como “o momento consenso-negociação”, no sentido de que o processo de reconhecimento e definição do interesse público deixa de ser monopólio estatal, avançando para um ambiente público não-estatal. Diminui-se a imperatividade da Administração Pública enquanto cresce o consensualismo e valoriza-se a participação popular na formação da atividade administrativa<sup>224</sup>.

O Estado deve fornecer condições para que os cidadãos participem ativamente da Administração Pública, criando, monitorando, acompanhando e avaliando o desempenho dos projetos de governo e proteção da comunidade<sup>225</sup>. A imposição das decisões administrativas passa a ter menos força, devendo ser abertos espaços para novos procedimentos, como a explicação e a participação, por meio da incitação, convencimento, persuasão, sedução, enfim, buscando a participação dos cidadãos nas políticas públicas<sup>226</sup>.

Agustín A. Gordillo afirma que

já não basta o império da autoridade que exerce ocasionalmente o poder; já não satisfaz a voz do mando, seja quem for que mande. Agora se tenta conseguir uma sociedade participativa no mais pleno sentido da palavra: participação nos benefícios da sociedade, participação na tomada de decisões do poder. Os esquemas clássicos da democracia representativa não são rechaçados, mas são insuficientes: tem que criar novas e adicionais formas de participação do povo no poder, de tal modo que sua influência no poder não se limite à eleição de candidatos eleitorais<sup>227</sup>.

<sup>223</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 69/70. Os direitos de quarta dimensão, além da participação popular nas decisões públicas, engloba o direito à informação e à democracia. MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória*. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 7, n. 25, jan/mar, 2009, trimestral, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 101-117, p. 108.

<sup>224</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A participação popular e a consensualidade na administração pública*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, P. 647-662, p. 648.

<sup>225</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*, p. 393.

<sup>226</sup> PERÉZ, Marcos Augusto. *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-176, pp. 166/167.

<sup>227</sup> GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo: parte general*, t. 1, Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1977, p. II-13. Tradução livre. “Ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda. Ahora se intenta conseguir una sociedad participativa en el más pleno sentido de la palabra: participación en los beneficios de la sociedad, participación en la toma de decisiones del poder. Los

Esta participação popular na tomada de decisões políticas e na escolha do direcionamento das políticas públicas é uma forma de controlar a discricionariedade administrativa e fazer com que as escolhas da Administração Pública atendam, de fato, ao interesse público. Até porque, o cidadão costuma estar em posição de hipossuficiência em relação ao administrador e, portanto, o controle em prol de seus direitos e desenvolvimento é essencial<sup>228</sup>.

A atividade da população, atuando junto ao Poder Público, auxilia a evitar a corrupção na atividade pública, elevando o respeito aos princípios constitucionais, como a moralidade pública, a impessoalidade, a igualdade e a publicidade. A concretização dos serviços e políticas públicas de qualidade depende da integração do cidadão nos instrumentos de definição do interesse público. Esta participação, além de permitir que o cidadão seja ouvido, conduz a maior senso de responsabilidade dos administradores, despolitizando<sup>229</sup>, em certa medida, as decisões, estimulando a inovação da atividade administrativa e fazendo com que os próprios cidadãos se sintam mais comprometidos com as decisões que ajudaram a construir<sup>230</sup>.

Thiago Lima Breus entende que a atuação do Estado por meio das políticas públicas, uma vez que envolve a política com a participação popular, propicia “o exercício efetivo da cidadania e possibilita a realização dos fins delineados do (e para o) Estado Constitucional”, além de ser um instrumento adequado em razão da grande quantidade de funções e demandas exigidas do Estado<sup>231</sup>. Neste sentido, Maria Paula Dallari Bucci entende que

uma política é pública quando contempla os interesse públicos, isto é, da coletividade, (...) como realização desejada pela sociedade. Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no

---

esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder, de modo tal que su influencia en el poder no se limite a la elección de candidatos electorales. Grifos no original.

<sup>228</sup> FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*, p. 74.

<sup>229</sup> As decisões administrativas, como dito anteriormente, detêm grande carga política. Com a participação dos cidadãos na tomada de decisões esta questão pode ser reduzida, em parte, por inserir elementos sociais e jurídicos.

<sup>230</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, pp. 184/185 e 252.

<sup>231</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, pp. 206/207.

sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo<sup>232</sup>.

Assim, a atuação conjunta entre Administração Pública e cidadão na escolha das políticas públicas permite, além da influência do indivíduo em decisões que lhe afetarão, um controle da discricionariedade administrativa. A participação popular na Administração Pública auxilia a aperfeiçoar os seus processos decisórios, uma vez que permite a reunião de mais informações e proporciona visão mais ampla da realidade<sup>233</sup>.

Destaca-se o posicionamento de Maria Goretti Dal Bosco, refletindo o que foi dito até este momento:

a participação popular pode ser um instrumento de controle da atividade administrativa no que se refere ao correto direcionamento dos recursos, os quais seriam aplicados mais de acordo com as necessidades reais das populações, que são as mais atingidas pelos erros cometidos no momento daquela definição pela Administração. Ademais, é efetivamente a população quem conhece melhor os problemas que afetam a vida das comunidades. Logo, a presença maior dos primeiros interessados naqueles investimentos, por meio de mecanismos acessíveis às representações populares, contribuiria para um maior acerto na definição e na efetivação de políticas públicas, providência que poderia garantir, assim, o respeito aos princípios constitucionais orientadores da administração pública<sup>234</sup>.

O direito de participação popular, visando à efetivação do Estado Democrático, é representado pela possibilidade de o cidadão intervir, direta ou indiretamente, na gestão administrativa, sendo de forma consultiva, deliberativa ou fiscalizatória. Os interesses dos cidadãos devem ser relevantes para a formação das decisões políticas, que devem ser formadas com base em uma reciprocidade entre sociedade e Estado<sup>235</sup>.

Não se ignora o fato de que a participação popular também tem limitações, como a visão restrita dos cidadãos sobre os problemas sociais, o egoísmo dos homens - preocupados em realizar apenas seus interesses - e o conservadorismo dos participantes - no sentido de que quem participa hoje das escolhas administrativas, provavelmente, não estará presente quando da realização delas e,

---

<sup>232</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 269.

<sup>233</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, p. 133.

<sup>234</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, p. 301.

<sup>235</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, pp. 58 e 73.

portanto, serão contra sua implementação<sup>236</sup>. Cita-se também o aumento da burocracia, dos custos, a ineficácia, o risco de corrupção, a captura pelo Governo (tornando a sociedade apenas um setor estatal), a captura pelo mercado, a deficiência na análise e as falhas de coordenação<sup>237</sup>.

Qual seria, então, a extensão desta participação e controle popular? Patrícia Baptista explica que alguns autores defendem uma ampla participação na Administração Pública, permeando todos os aspectos do Direito Administrativo, enquanto outros defendem uma participação mais contida, a fim de evitar um processo de decisão subjetivo e anárquico<sup>238</sup>.

Certo é que, por mais fundamental que seja a participação popular, a Administração Pública não se exime da avaliação das situações, devendo analisar as possibilidades, minimizando este conservadorismo e permitindo o planejamento em longo prazo. A Administração Pública não pode ser considerada como mera executora das vontades da população ou dos grupos de interesses, tendo o dever de “garantir e estimular a atuação dos interesses menos organizados, assim como realizar uma filtragem adequada de todas as manifestações colhidas do processo participativo”<sup>239</sup>.

Em relação à ineficiência e à burocracia, ainda que a administração participativa exija mais discussões e tratativas, garante maior credibilidade e coerência das decisões com as reais necessidades da população, sendo que, ao final, a decisão se torna mais eficiente e eficaz. Quanto aos custos, a realização de assembleias e a criação de órgãos de participação não significam elevado custo e a efetiva participação popular pode, inclusive, evitar com a realização de políticas públicas de elevados gastos e desnecessárias<sup>240</sup>.

Ademais, a imposição de transparência, comunicação entre os agentes que implementam as políticas públicas e regulação dos processos de participação, com

---

<sup>236</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, pp. 162/167

<sup>237</sup> PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas, pp. 172/176.

<sup>238</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, pp. 29/30.

<sup>239</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, pp. 162/167.

<sup>240</sup> GORDILLO, A. Agustín. Participación administrativa. In: *Revista de derecho público*, ano XVIII, n. 74, abr/jun, 1985, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 15-25, p. 20.

o controle decorrente destas práticas, auxiliam a coibir práticas ilícitas e medidas descoordenadas<sup>241</sup>.

Sobre os cidadãos, Rogério Gesta Leal afirma que caso as pessoas saibam da possibilidade e da importância de participarem efetivamente na gestão administrativa, acreditarão que compensa e serão mais ativas<sup>242</sup>. A partir desta conscientização pode-se implementar a efetiva participação democrática<sup>243</sup>.

De qualquer forma, a participação popular tem o condão de ampliar a democratização da Administração Pública e o consequente envolvimento dos cidadãos, por meio do diálogo, elevando a legitimação das decisões administrativas<sup>244</sup>. Para Adriana da Costa Ricardo Schier

na medida em que a Administração Pública está organizada para atender aos interesses da coletividade e do cidadão, uma sociedade democrática exige que esteja aberta a possibilidade, a todos, de influenciar na formação das decisões, o que ocorre através do direito de participação<sup>245</sup>.

A participação do cidadão, por meio de institutos democráticos, para a formação da vontade administrativa, é imprescindível no Estado Democrático de Direito. O direito de participação realiza princípios constitucionais por meio do controle e influência do cidadão na gestão administrativa<sup>246</sup>.

As liberdades e os direitos garantidos no Estado Democrático de Direito não podem ser meras previsões formais, ou seja, os indivíduos precisam de condições para efetivá-los, o que ocorre por meio da efetiva inserção e participação do cidadão na Administração Pública com instrumentos e espaços institucionalizados de discussão, deliberação e execução de políticas públicas, fundados na comunicação entre os agentes públicos e privados<sup>247</sup>.

---

<sup>241</sup> PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas, pp.172/176.

<sup>242</sup> LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, p. 388.

<sup>243</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, p. 167.

<sup>244</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, pp. 127/128.

<sup>245</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, pp. 74/75.

<sup>246</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, 2002, p. 82.

<sup>247</sup> LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, p. 389.

As mudanças instituídas no campo da Administração Pública exigem novas formas de efetivar os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos por meio de canais institucionalizados que permitam a participação do cidadão na decisão de assuntos públicos, assim como o controle da Administração Pública<sup>248</sup>.

Para este fim, as audiências públicas têm sido inseridas no ordenamento jurídico, propiciando maior participação do cidadão na gestão daquilo que lhe afeta, direta ou indiretamente, conferindo maior legitimidade às decisões administrativas e garantindo a possibilidade de a sociedade controlar a atuação discricionária do Poder Público.

#### 4.4 CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

O Direito Administrativo e, conseqüentemente, a atuação da Administração Pública sofreu e sofre mutações, alterando a relação entre o público e o privado e a própria atuação de cada um destes indivíduos e órgãos. Egon Bockmann Moreira indica que há três espécies de processo administrativo, sendo a terceira espécie a mais relevante neste trabalho. O autor explica que nesta espécie de processo administrativo há colaboração normativa entre o particular e a Administração Pública, cabendo a esta instaurar o processo, mas requerendo a colaboração dos cidadãos que devem buscar não só benefícios particulares, mas também vantagens coletivas, dando cumprimento aos direitos fundamentais de quarta geração<sup>249</sup>.

Marcos Augusto Perez entende que por meio dos instrumentos de adesão da sociedade às atividades estatais cria-se “uma legitimidade fruto da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas, ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes executar”. Esta legitimidade é

---

<sup>248</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*, v. 209, jul/set, 1997, trimestral, Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, p. 153-167, pp. 153/154.

<sup>249</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória, p. 108.

basilar para a eficácia das políticas públicas, incrementadas a partir dos resultados obtidos nestas formas de participação<sup>250</sup>.

As formas de participação popular na Administração Pública viabilizam o que Fabiana de Menezes Soares define como “co-gestão pública”, que é a intervenção daqueles sob os quais as políticas públicas irão incidir (cidadãos, associações) com o fim de influenciar as decisões administrativas que determinam as políticas públicas<sup>251</sup>. Dentre estas formas de participação se encontram as audiências públicas.

A realização das audiências públicas permite que a população se manifeste em relação à pertinência de algum projeto ou política pública a ser implementado pela Administração Pública<sup>252</sup>, devendo ser realizadas antes da edição da norma, projeto ou política<sup>253</sup>.

As audiências públicas pressupõem um procedimento formal onde há divulgação do tema a ser discutido, de modo que se marca data, hora e local de acesso público. Consistem em processo subjetivo em que os participantes se manifestam pessoalmente, expondo sugestões<sup>254</sup>.

Não podem, porém, ser meramente formais. A efetiva participação dos cidadãos e a disponibilização, pela Administração Pública, de dados e motivos reais para a tomada de decisões, são indispensáveis. Isso significa que os administradores devem demonstrar à população quais fatores influenciam na elaboração do orçamento, a forma e os motivos das alocações de recursos, quais obras e serviços serão realizados e o porquê. Dessa maneira, as políticas públicas passam a ser planejadas em conjunto com a população, permitindo maior transparência e controle<sup>255</sup>.

---

<sup>250</sup> PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas, p. 168.

<sup>251</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. A redefinição do Estado através da participação popular na Administração Pública: necessidade, instrumentos e o papel do município. In: *Revista de direito administrativo aplicado*, ano 3, n. 10, jul/set, 1996, Curitiba: Genesis, p. 713-720, p. 718.

<sup>252</sup> LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos, p. 396.

<sup>253</sup> GORDILLO, Agustín A. *La administración paralela*, p. 135/136. Note-se, contudo, que diversas vezes a realização das audiências públicas se dá após determinada decisão, como forma de publicizar e legitimar os atos administrativos.

<sup>254</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória, p. 114.

<sup>255</sup> HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regulação dos atos da administração, p. 1739.



Aqueles cidadãos que participam da audiência devem ter ampla liberdade para se manifestar, bem como a Administração Pública deve demonstrar as razões favoráveis ou contrárias àquelas manifestações, expressando a motivação de seus atos<sup>256</sup>.

Conforme ensina Marçal Justen Filho, os interessados indagam e pleiteiam esclarecimentos na audiência, inclusive dos aspectos discricionários da atuação, aos quais os administradores devem responder de forma motivada, ainda que não satisfatória<sup>257</sup>. Lucia Valle Figueiredo afirma que

a finalidade da audiência pública é a publicidade, nesta entendida a possibilidade de participação ampla dos cidadãos. E de os interessados, ao fim e ao cabo, rejeitarem ou aprovarem o que tiver sido escolhido pela Administração.

Obviamente a audiência pública não é para que a Administração apresente categoricamente sua escolha, efetuada anteriormente e, cumpra, apenas e tão-somente, etapa formal<sup>258</sup>.

As audiências públicas garantem o direito do cidadão de ser ouvido para que a opinião da população seja considerada nas escolhas discricionárias da Administração Pública, influenciando a elaboração de projetos, políticas e regulamentos. A partir de um maior conhecimento dos interesses e necessidades dos cidadãos possibilita-se aos administradores decidirem de forma a melhor atender os interesses sociais<sup>259</sup>. Busca-se o diálogo democrático, o esclarecimento da população e a abertura de debates para que sejam feitas sugestões<sup>260</sup>.

---

<sup>256</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 383-399, p. 389.

<sup>257</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 603.

<sup>258</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 383-399, p. 389. A autora faz estas observações ao tratar da audiência pública nos processos licitatórios, no entanto, entende-se que estes preceitos são aplicados a qualquer forma de audiência pública. Ainda que nem sempre haja prévia decisão sobre o assunto por parte da Administração Pública, as audiências públicas devem servir como forma de ampla participação dos cidadãos para a tomada de decisões.

<sup>259</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, pp. 124/125.

<sup>260</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC*, p. 223.

Esta prática é de extrema utilidade para que as decisões do Poder Público se fundamentem nas informações e necessidades reais da população<sup>261</sup>. As audiências públicas têm um duplo caráter informativo, pois ao mesmo tempo em que fornecem dados ao cidadão, propiciam aos administradores maior conhecimento da situação sobre a qual se decidirá, garantindo uma atuação mais justa e acertada<sup>262</sup>.

Gustavo Henrique Justino de Oliveira ressalta o caráter pedagógico das audiências públicas, na medida em que permitem a efetiva conscientização e educação da população a respeito das metas e políticas públicas. Acrescenta que as audiências públicas têm como fundamento a efetivação do direito de defesa do cidadão, além do direito de ser ouvido e opinar quando a decisão lhes for afeta<sup>263</sup>.

Diante da estrutura atual, contudo, há diversos obstáculos para que esta participação popular, por meio das audiências públicas, efetivamente seja concretizada. Por exemplo, os cidadãos não podem propor emendas ao orçamento, assim como existe grande dificuldade de comparecimento da população nas audiências para definição das diversas políticas públicas, para não falar na resistência por parte da Administração Pública quanto a esta forma de gestão.

De qualquer maneira, as normas que instituem a realização de audiências públicas, entre outros meios de participação popular, como órgãos colegiados de participação permanente, debates e conferências, tendem a proporcionar a instauração de um debate democrático transparente e a possibilidade de os administrados controlarem as decisões administrativas. Caio Tácito conclui que “o controle popular da Administração Pública constitui veículo de direta proteção dos princípios fundamentais de legalidade”<sup>264</sup>.

Ainda que a Constituição de 1988 não tenha previsto a obrigatoriedade da realização de audiências públicas como fase do procedimento administrativo, algumas leis infraconstitucionais as estabelecem, casos em que sua realização é obrigatória<sup>265</sup>.

---

<sup>261</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, pp. 125/126.

<sup>262</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*, p. 162.

<sup>263</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*, pp. 161 e 166.

<sup>264</sup> TÁCITO, Caio. *Direito administrativo participativo*, p. 6.

<sup>265</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória*, p. 115. O autor complementa dizendo que há exceções, como em razão da

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) prevê, por exemplo, a participação popular na “formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” e a realização de audiências públicas “nos processos de implementação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população”, assim como “no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação”<sup>266</sup>.

A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) determina a realização de audiência pública quando se tratar de licitação de elevado valor<sup>267</sup>. Lucia Valle Figueiredo explica que caso essa audiência não seja realizada a licitação é invalidada<sup>268</sup>. Embora se exija a realização da audiência, as opiniões e decisões ali exaradas não são vinculantes, podendo o Poder Público agir em sentido diverso, desde que justificadamente. No entanto, caso isso ocorra, há inversão do ônus da prova, ou seja, é a Administração Pública quem deve provar que tomou a decisão correta,

---

urgência e necessidade da expedição de determinada norma, que validaria a expedição do ato mesmo sem a audiência pública.

<sup>266</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, p. 165.

Lei nº 10.257/2001 - Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. (...)§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

<sup>267</sup> Lei nº 8.666/1993 - Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

<sup>268</sup> Neste sentido, Gustavo Henrique Justino de Oliveira também afirma que se a realização da audiência pública for obrigatória por lei ela é condição de validade do processo administrativo, ou seja, caso não ocorra há vício no processo e a decisão administrativa decorrente é inválida. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*, p. 163. Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães também afirmam que caso não haja audiência pública antes da publicação do edital das licitações “o edital será inválido e sua publicação não poderá ser convalidada, qualquer que seja o momento em que se constate a omissão”. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC*, pp. 223/224.

ainda que de forma contrária a opinião da sociedade<sup>269</sup>. Observa-se, contudo, que esta opinião não é unânime, havendo autores que consideram a não realização da audiência pública na licitação indício de irregularidade, não vício procedimental, por si só<sup>270</sup>.

Da mesma forma, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) prevê a realização de audiência pública quando da elaboração dos planos e orçamentos, bem como para demonstrar se as metas fiscais quadrimestrais foram cumpridas, conferindo transparência à gestão fiscal<sup>271</sup>. Segundo Ricardo Hermany, a partir da previsão expressa na Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a obrigatoriedade da realização de audiências públicas para a elaboração das leis orçamentárias, esta forma de participação popular se difundiu como elemento essencial na gestão, ampliando-se os debates e as discussões a respeito da elaboração de políticas públicas<sup>272</sup>. Nas palavras do autor

a previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal relaciona-se de forma efetiva com a ideia de controle social no âmbito das decisões públicas *lato sensu*, pois envolve tanto a etapa desenvolvida no âmbito do Poder Executivo, de essência administrativa, quanto o processo legislativo específico de elaboração das leis orçamentárias, sendo a audiência pública fase

<sup>269</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade, p. 386.

<sup>270</sup> Neste sentido Marçal Justen Filho explica que a ausência ou invalidade da audiência leva à nulidade do processo de licitação. No entanto, quando esta constatação é feita *a posteriori*, ou seja, depois de promovida a contratação, surge o problema do particular de boa-fé, por isso o autor entende que só haverá nulidade, neste caso, se restar caracterizada má-fé ou ofensa ao princípio da economicidade. A ausência da audiência, por si só, não leva a nulidade dos atos, apenas indica indício de irregularidade. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, pp. 604/605.

<sup>271</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, p. 165.

Lei Complementar nº 101/2000 - Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. (...) § 4º Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em audiência pública na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais.

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

<sup>272</sup> HERMANY, Ricardo. *Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regulação dos atos da administração*, p. 1738.

específica e imprescindível para a regularidade da tramitação legislativa. Quanto à etapa administrativa, a audiência pública é exigida em duas hipóteses distintas: no controle das metas fiscais e na elaboração das leis orçamentárias<sup>273</sup>.

Assim, o controle da discricionariedade nas decisões relativas às políticas públicas por meio da audiência pública, apesar de não acontecer de forma vinculativa<sup>274</sup> ou substitutiva das decisões administrativas, deveria servir como base para as decisões da Administração Pública e, juntamente com os princípios constitucionais, como posterior meio de defesa caso não se atendam as demandas traduzidas nestes meios de participação.

As opiniões e eventuais decisões proferidas em audiências públicas, salvo disposição em contrário, não vinculam os órgãos públicos, mas, especialmente em relação ao âmbito da atuação discricionária da Administração Pública, o posicionamento firmado nestas audiências serve como limitação da liberdade do administrador, devendo ser considerada pelo órgão no momento da decisão<sup>275</sup>.

Agustín A. Gordillo entende que, com o estabelecimento de normas sobre a necessidade de informação, consulta e debates públicos anteriores à promulgação de normas administrativas gerais ou da adoção de grandes projetos públicos, haveria aumento no grau e na qualidade de participação e, em consequência, da democracia<sup>276</sup>. Ao absorver a participação popular a Administração Pública valoriza a cidadania e coloca os indivíduos como auxiliares na perseguição do interesse público<sup>277</sup>.

Concluindo, as audiências públicas configuram forma bastante eficaz e necessária de participação e controle da atividade discricionária do Estado na definição das políticas públicas. Ao reunirem a opinião da população com as

---

<sup>273</sup> HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regulação dos atos da administração, p. 1738.

<sup>274</sup> Fabiana de Menezes Soares entende que a não vinculação da Administração Pública aos resultados obtidos no processo participativo “amesquinha” o sentido da participação, que só atingiria sua plenitude com a vinculação. SOARES, Fabiana de Menezes. A redefinição do Estado através da participação popular na Administração Pública: necessidade, instrumentos e o papel do município, p. 718.

<sup>275</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro, pp. 162/163. O autor faz uma diferenciação entre a realização da audiência na fase instrutória, em que as opiniões não vinculam a decisão final, e na fase decisória, quando o resultado da audiência é vinculante, o que deve ser instituído por lei.

<sup>276</sup> GORDILLO, A. Agustín. Ideas sobre participación en America Latina, p. 35.

<sup>277</sup> TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo, p. 6.

vontades e limites da Administração Pública, incrementam a legitimidade e o caráter democrático da atividade administrativa<sup>278</sup>.

---

<sup>278</sup> Ressalta-se, apenas, que a participação popular por meio das audiências públicas como forma de controle da atuação discricionária em relação às políticas públicas não exclui as demais formas de controle da atuação da Administração Pública. Pelo contrário, o ideal seria a existência de uma “rede de controles múltiplos” a fim de formar, justificar e controlar a atuação administrativa. MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração processual de normas”, p. 255.

## 5. CONCLUSÃO

Há inarredável intervenção do Estado em diversos âmbitos da sociedade, tanto pelos deveres que foram atribuídos ao Estado pela Constituição de 1988, quanto pela necessidade de atender o interesse público.

Esta atuação do Estado não pode, contudo, ser voltada aos interesses do governo ou dos administradores, pelo contrário, deve estar atenta à realidade social e se pautar nos princípios constitucionais, visando à responsabilidade e à eficiência.

O modo desta intervenção analisado neste trabalho são as políticas públicas, que são programas de ação estatal, resultado de uma série de processos, com o objetivo de conciliar os meios estatais e particulares para atender interesses relevantes socialmente e, em última instância, o interesse público. Estas políticas públicas se encontram na intersecção da política com o direito, pois ao mesmo tempo em que têm grande carga política, por variarem conforme objetivos e ideologias do governo, estão vinculadas ao direito, tanto pela Constituição, como pelo ordenamento jurídico.

Mas, ainda que haja esta vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico, a decisão a respeito das políticas públicas, em muitos casos, é discricionária, já que não está totalmente especificada em lei, deixando a cargo do administrador público a escolha da melhor opção diante do caso concreto.

É fundamental, contudo, que esta discricionariedade tenha limites, por meio dos princípios, da busca do interesse público e das próprias margens deixadas pela lei e pelo Direito. Além disso, deve ser controlada, seja pelo Poder Executivo, pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo, pelo Tribunal de Contas, pelo Ministério Público ou pela própria população.

Não fossem os limites e o controle das políticas públicas, estar-se-ia dando “carta branca” para a Administração Pública agir conforme seus próprios interesses e correr-se-ia o risco de serem negligenciadas as finalidades da Administração Pública, como o atendimento ao interesse público.

A participação popular na Administração Pública e, conseqüentemente, na elaboração e no controle das políticas públicas, é pressuposto do Estado Democrático de Direito e um direito fundamental. Esta atuação da sociedade garante

maior legitimidade, eficiência e eficácia à atividade administrativa, na medida em que impõe uma gestão transparente e que valoriza a opinião e a necessidade dos maiores interessados na implementação das políticas públicas.

Devido à enorme relevância para a população, a elaboração das políticas públicas, veiculando direitos como saúde, educação e lazer, exige que o princípio democrático e o princípio participativo sejam efetivados. Isto se dá por meio da criação e veiculação de instrumentos e meios que aliam a colaboração dos administrados com a Administração Pública, concretizando a participação popular e legitimando a atividade administrativa. Se as políticas públicas definem o interesse público que será privilegiado, e este interesse é de titularidade da população, nada mais razoável que a possibilidade de os cidadãos participarem destas decisões.

Por isso, as audiências públicas, ao concederem a oportunidade para a população se manifestar a respeito da pertinência de projetos e políticas públicas, com a devida prestação de esclarecimentos por parte da Administração Pública, permitem, além da conscientização da população a respeito da importância de participar das decisões públicas, o conhecimento da real situação da população pelos administradores.

Este intercâmbio de informações incrementa a democracia, aumentando qualitativamente a participação popular e garantindo o controle das decisões sobre as políticas públicas pelo maior interessado, o povo.

Não se nega que podem ser feitas contraposições sobre a participação popular na Administração Pública, como o comprometimento da eficiência, da legalidade, a demora e os custos que este mecanismo implicaria nos processos decisórios. Ao mesmo tempo, a própria Administração Pública tem limitações que podem impedir o acolhimento das manifestações populares, como os recursos financeiros para a satisfação de todas as necessidades, a falta de estrutura e de pessoal.

A ideia, contudo, não é que a vontade da Administração Pública seja absolutamente substituída pela vontade popular, mas sim que, por meio da participação popular, as decisões tenham maior embasamento nas reais necessidades da população. Especialmente considerando que, normalmente, mais de uma política pública é conveniente e oportuna, cabendo à Administração Pública



fazer uma análise daquela considerada mais relevante no caso concreto, o que não significa que a outra opção não seja necessária para parte da população.

Assim, a partir da participação popular, a legitimação das escolhas discricionárias pode ser ampliada, já que será feita uma ponderação da vontade popular e dos objetivos e recursos da Administração Pública. Com isso, além de ampliar a participação democrática e a legitimidade da atividade administrativa, permite-se um maior controle da atuação discricionária do Poder Público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 217-246.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Revista de direito administrativo*, v. 240, abr/jun, 2005, trimestral, Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 83-103.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.143-162.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas Públicas e o Dirigismo Constitucional. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, 2003, anual, Curitiba, PR: Academia Brasileira de Direito Constitucional, p. 172-183.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 8.666/1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DF: Senado Federal, 1993.

BRASIL. *Lei nº 9.784/1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. DF: Senado Federal, 1999.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101/2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. DF: Senado Federal, 2000.

BRASIL. *Lei nº 10.257/01*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. DF: Senado Federal, 2001.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In: *Revista de direito administrativo*, v. 251, mai/ago, 2009, quadrimestral, Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 61-76.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Interesse Público*, v. 4, n. 16, out/dez, 2002, Porto Alegre: Notadez, p. 49-63.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Editora brasiliense, 1989.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*, v. 179/180, jan/jun, 1990, trimestral, Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 51-67.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. In: *Revista de Informação legislativa*, ano 25, n. 97, jan/mar, 1988, trimestral, Brasília: Senado Federal, p. 5-52.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2007.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131-142.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do estado na economia*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Princípios da administração pública: Constituição Federal, art. 37, caput*. Bauru, SP: EDIPRO, 1995.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 383-399.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O princípio da impessoalidade. In: *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. v. 5, n. 18, jul/set, 2007, Belo Horizonte: Fórum, p. 61-98.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75-96.

GORDILLO, Agustín A. Ideas sobre participación en America Latina. In: *Revista de direito público*, ano XIV, n. 57-58, jan/jun, 1981, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 29-38.

GORDILLO, Agustín A. *La administración paralela*. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

GORDILLO, Agustín A. Participación Administrativa. In: *Revista de direito público*, ano XVIII, n. 74, abr/jun, 1985, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 15-25.

GORDILLO, Agustín A. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo: parte general*, t. 1, Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1977.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 647-662.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – limitações da vinculação legalitória e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 205-240. .

HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1731-1754.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOFLING, ELOÍSA DE MATTOS. *Estado e Políticas (Públicas) Sociais*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0101-622001000300003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0101-622001000300003&script=sci_arttext). Acesso em: 23.11.12.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed., São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 384-411.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed., atualizado até a Emenda Constitucional 51 de 14.02.2006 por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 7, n. 25, jan/mar, 2009, trimestral, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 101-117.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4ª ed., atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.



MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1995.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*, v. 209, julho/setembro, 1997, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, p. 153-167.

PANZA, Luiz Osório Moraes. *Os princípios constitucionais como limitadores da discricionariedade do ato administrativo*. Dissertação (mestrado), Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-176.

RÉGNIER, João Roberto Santos. *Discricionariedade administrativa – Significação, efeitos e controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.21-56.

SOARES, Fabiana de Menezes. A redefinição do Estado através da participação popular na Administração Pública: necessidade, instrumentos e o papel do

município. In: *Revista de direito administrativo aplicado*, ano 3, n. 10, jul/set, 1996, Curitiba: Genesis, p. 713-720.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. In: *Revista de direito administrativo*, v. 209, jul/set, 1997, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-6.

TORNARÍA, Felipe Rotondo. Derechos Fundamentales Y Administración Pública. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1587-1602.