

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O CONTROLE DE PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS

ADMINISTRATIVE DISCRETION: THE CONTROL OF CONSTITUTIONAL PRIORITIES

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: EL CONTROL DE PRIORIDADES CONSTITUCIONALES

Juarez Freitas¹

RESUMO

A discricionariedade administrativa deve ser reconceituada para permitir novo controle sistemático das políticas públicas, capaz de examinar o cumprimento das prioridades constitucionais. Assim, entende-se que o conhecimento dos vieses e a estimativa de custos diretos e indiretos integram a nova abordagem do controle.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade administrativa. Controle. Prioridades constitucionais. Erros cognitivos.

ABSTRACT

Administrative discretion must be reconceptualized to allow a new systematic control of public policies that are capable of examining the fulfillment of constitutional priorities. In this context, knowledge of the biases and estimated direct and indirect costs are part of the new approach of the control.

KEYWORDS: Administrative Discretion. Control. Constitutional priorities. Cognitive errors.

RESUMEN

La discrecionalidad administrativa debe ser reconceptuada para permitir un nuevo control sistemático de las políticas públicas capaz de examinar el cumplimiento de las prioridades constitucionales. Así, se entiende que el conocimiento de los sesgos y la estimativa de costos directos e indirectos integran el nuevo abordaje del control.

PALABRAS CLAVE: Discrecionalidad administrativa. Control. Prioridades constitucionales. Errores cognitivos.

INTRODUÇÃO

É inegável a debilidade do controle de prioridades e de consequências das políticas públicas, seja na formulação, seja na implementação. Em parte, isso ocorre por culpa da concepção errônea e voluntarista da discricionariedade. Dessa maneira, importa rever o tema, com o ânimo de aprimorar a sindicabilidade das decisões administrativas. Como é incontendível, a discricionariedade, em nossa

¹ Prof. Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Prof. Associado de Direito Administrativo da UFRGS, Pres. do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público

cultura, revela-se altamente contaminada pelo patrimonialismo² (com sua clientelista e perversa confusão entre o público e o privado), que é exatamente o oposto do que almeja o controle das decisões administrativas, nos termos aqui propostos.

Essencial, pois, que o escrutínio fundamentado dos atos administrativos, longe de se tornar paralisante, esteja endereçado à materialização das prioridades relacionadas ao direito fundamental à boa administração pública, entendido como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.³ Assim, toda e qualquer conduta administrativa que conspirar, frontal ou obliquamente, contra esse direito configura arbitrariedade por ação ou omissão.

Nesse prisma, quando houver margem para a escolha de consequências, conferida a sujeito competente (ao lado da discricção cognitiva para fixar o conteúdo dos conceitos indeterminados), tal margem não se coaduna com os tradicionais favorecimentos, as obras sem planejamentos, os riscos regulatórios, os ilusionismos fiscais e os gastos manifestamente alheios às pautas da Carta.

Logo, o ato administrativo, com o selo da discricionabilidade legítima, será aquele praticado com a justa apreciação de consequências diretas e indiretas (externalidades). Será legítimo se - e somente se - guardar vinculação com as regras legais (atribuidoras da liberdade de escolha, sem exorbitância) e, simultaneamente, com o sistema inteiro (conformador da liberdade como poder atribuído ao agente para promover deliberadamente a universalização da qualidade de vida, em consonância com as prioridades constitucionais).

É que não se admitem decisões administrativas que desatendam aos requisitos limitadores da discricionabilidade,⁴ especialmente quando a escolha (ou a não escolha) acarretar reflexos sobre o acervo de direitos e interesses alheios.

Nessa altura, a tese mesmerizada pela suposta intocabilidade das decisões políticas merece ser descartada, uma vez que o exame de consequências exige invariavelmente o contrapeso intersubjetivo da sindicabilidade, com todas as ferramentas disponíveis, preservados os valores constitucionais.⁵

Para ilustrar: a decisão de licitar é discricionária, todavia o certame apenas será considerado válido se revelar cuidados de sustentabilidade ambiental, social e econômica. Em outras palavras, a própria escolha terá de ser sopesada nos seus custos e benefícios diretos e indiretos (por exemplo: é prioritário investir em transporte coletivo urbano em vez do transporte individual⁶), medidos com parâmetros objetiva⁷ e qualitativamente estipulados.

Outro exemplo: nas licitações, é viável a discricionária revogação, contudo o sistema cuidou de enquadrá-la, determinando que o agente público ofereça motivação calçada em fatos supervenientes,

2 Vide, sobre o patrimonialismo, Raymundo Faoro in **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo; São Paulo: Edusp, 1975. Vide, em abordagem algo diversa (mais estritamente weberiana), Simon Schwartzman in *Bases do autoritarismo brasileiro*. Rio: Campus, 1988. Vide, sobre o clientelismo, Victor Nunes Leal in *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1975.

3 Vide Juarez Freitas in **Discricionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração**. 2. ed. SP: Malheiros, 2009, p 42 e ss.

4 Vide Aude Bouveresse in *Le Pouvoir Discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*. Bruxelles: Émile Bruylant, 2010, p. 3^o *Le pouvoir discrétionnaire, en revanche, est astreint à l'observation de règles et de valeurs prédefinites, il ne peut jamais être considéré comme juridiquement illimité dès lors qu'il puise son existence et qu'il trouve ses limites dans une source qui lui est extérieure – la norme habilitante – le caractérisant comme un pouvoir legal.*

5 Vide, apenas para mapear aspectos sobre discricionabilidade, tensões regulatórias e valores constitucionais, Karen Yeung in **Better regulation, administrative sanctions and constitutional values**, *Legal Studies, Journal of the Society of Legal Scholars*, Vol. 33, Issue 2, 2013, pp 312-339.

6 Vide Lei de Mobilidade Urbana (Lei 12.587/2012, art.6^o, II), que fixa a prioridade do transporte coletivo.

7 Vide, nessa linha, art. 4^o, III, da Lei de RDC (Lei 12.462/2011): "Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância". Exemplo promissor, nessa linha, veio com a Resolução 976, do TCE/RS, de 2013, que fixa os critérios de sustentabilidade para suas próprias licitações.

devidamente comprovados⁸e, ao fazê-lo, forneça as condições para o não invasivo escrutínio da decisão supressiva.

Vale dizer, não se admitem os atos puramente discricionários (de extração subjetivista alheia à juridicidade), nem os atos completamente vinculados (de mera obediência irreflexiva).

Com essa premissa de fundo, reequaciona-se, de modo realista, o controle sistemático das escolhas públicas, com foco no cumprimento dos deveres de implementação, em tempo útil, das políticas prioritárias de Estado, seja pela emissão expedita de "atos administrativos vinculados", seja pelo exercício satisfatório dos "atos administrativos discricionários", expungindo, destes e daqueles, as lesivas arbitrariedades por ação e por omissão.

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: NOVA CONCEPÇÃO

1 O controle sistemático dos atos administrativos demanda escrutínio em nova escala, que dê conta de todas as fases do processo de tomada da decisão, desde a escolha do agir (em vez de se abster) até culminar na pós-avaliação dos efeitos primários e secundários ao longo do tempo.

Tal controle de amplo espectro é o único capaz de neutralizar as falácias que presidem as inúmeras decisões desastrosas, intensificadoras de iniquidades e perpetuadoras de oligarquias plutocratas. Definitivamente, não é nada louvável a persistência do controle estanque, perfunctório, opaco, imediatista e satisfeito com informações incompletas, notadamente ao tratar de "atos discricionários," que envolvem escolhas de meios e prioridades.

2 Caracterizam-se os atos administrativos como declarações unilaterais⁹ do agente competente da Administração Pública *lato sensu* ou de quem exerça atividade por ela delegada, de natureza infralegal (salvo o ato autônomo, previsto no art. 84, VI, da CF), com a meta de produzir efeitos no universo fático-jurídico, tendo objeto possível, lícito e determinável.

3 Assim concebidos, são requisitos de validade dos atos administrativos: (a) a competência (irrenunciável, exceto nas hipóteses legais de avocação e delegação¹⁰), (b) a finalidade pública (em harmonia com a totalidade dos princípios fundamentais, tendo como meta precípua a superação da "tragédia dos comuns"¹¹), (c) a forma prescrita em lei (sem sucumbir a formalismos teratológicos), (d) a motivação congruente e consistente (com indicação explícita de fatos e fundamentos jurídicos) e (e) objeto determinável, possível e revestido de juridicidade.¹²

Costuma-se afirmar que a finalidade, a forma e a competência são requisitos vinculados de validade dos atos administrativos, enquanto o motivo e o objeto seriam elementos discricionários. Entretanto, cumpre destacar que a vinculação jamais será absoluta (o que justifica, por exemplo, que a finalidade da declaração expropriatória seja diversa da destinação efetiva, sem desvio propriamente dito, contanto que a finalidade remanesça pública).

Por sua vez, a forma é vinculada, mas não se deve estranhar, com base em argumentos sistemáticos, que se aceite, excepcionalmente, a continuidade dos efeitos de nomeação irregular, se presente a

8 Vide art. 49 da Lei 8.666/93 combinado com art. 50 da Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/99).

9 A favor da unilateralidade, vide, entre outros, René Chapus, **Droit Administratif Général**. Paris: Montchrestien, 1995, p. 467, distinguindo *atos* e *contratos*. Por sua vez, no CCv, v. arts. 104 (sobre negócio jurídico) e 185 (a propósito de atos jurídicos lícitos que não são negócios jurídicos).

10 Vide Lei 9.784/99, art.11.

11 Vide, sobre o tema, Elinor Ostrom in **Governing the commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

12 Vide Hartmut Maurer in **Droit Administratif Allemand**, Paris: LGDJ, 1994, pp. 245-250, ao discorrer sobre as exigências para (a) legalidade formal dos atos administrativos (competência, procedimento, forma e motivação – que, no enfoque aqui adotado, é requisito material) e (b) legalidade material (conformidade da lei com os princípios jurídicos, habilitação, ausência de vício no exercício do poder discricionário, proporcionalidade, precisão no seu conteúdo, possibilidade material e jurídica).

boa-fé, entre outros requisitos. Já a falta de competência ou a delegação fora das hipóteses legais¹³ é vício fatal, porém há casos excepcionais em que o vício de incompetência cede diante da primazia tópica de princípios constitucionais, hierarquizados como de maior peso no plano concreto.

Inversamente, não existe discricionariedade administrativa total, porque os elementos discricionários (motivo e objeto) precisam guardar vinculação, antes de tudo, ao sistema de princípios e direitos fundamentais. Bem por isso, o objeto tem de ser lícito em sentido amplo, haja vista os condicionamentos estatuídos pelas prioridades constitucionais, que repelem os extremos do Estado omissivo e do Estado segurador universal.

4 Assentadas essas considerações, importa reconceituar a discricionariedade administrativa, nos seus grandes traços,¹⁴ com o desiderato de adequá-las ao contemporâneo paradigma do Direito Administrativo, situado no campo da primazia dos direitos fundamentais.

Desde logo, importa grifar que a “discricionariedade” e a “vinculação” são noções que requerem decifração isenta de contraproducentes preconceitos, dado que a classificação quanto à liberdade na prática de atos administrativos transcende o quadro clássico, tantas as reconfigurações do Estado-Administração, notadamente após as grandes crises recentes.

Para o tradicional enfoque, o ato administrativo vinculado é concebido como aquele em que o agente, no âmbito da Administração *lato sensu*, deixa de ter qualquer liberdade, isto é, resta jungido a cumprir os comandos legais. Assim, as licenças para edificar e as concessões de benefício previdenciário, verificados os pressupostos legais, teriam que ser conferidas pelo administrador, sem qualquer sopesamento.

O ponto é: merece acolhida essa acepção? Apenas parcialmente, pois padece de sobrevalorização do princípio da legalidade estrita,¹⁵ ao insistir que o administrador teria o dever de agir automaticamente em sua observância. Sucede que o condicionamento precisa ser visto com cautela: até nos atos vinculados, subsiste liberdade ineliminável. Naturalmente, verificam-se atividades administrativas fortemente vinculadas – como sucede, por exemplo, na cobrança de tributos (CTN, art. 3º), todavia a vinculação resta condicionada não só à legalidade, que afugenta os juízos de conveniência, mas à totalidade dos princípios regentes das relações de administração, tais como a moralidade (CF, art. 37) e a sustentabilidade (CF, arts. 225 e 170, VI). De fato, a legalidade não pode permanecer inflacionada, a ponto de permitir a erosão dos ônus argumentativos.¹⁶

Exatamente em face disso, os “atos vinculados” (não apenas os discricionários) precisam ser rigorosamente motivados, dado que o administrador público jamais realiza, ainda que simule fazê-lo, subsunção automática da lei. Dito de outra maneira: a vinculação, em si, precisa ser ponderadamente justificada, cuidando-se de evitar a falácia – que remonta à Escola da Exegese e aos seus herdeiros – de que os sistemas normativos serviriam de guias ou prontuários não lacunosos para a solução de casos, como se coubesse ao administrador o papel acrítico de, à semelhança de simples maquinaria, aplicar comandos legais. Tal maneira de ver as coisas torna o agente público menos do que algoritmo, simplista servo (*res*) da regra (e dos interesses nela ocultos), induzindo-o a negligenciar os argumentos sistêmicos e teleológicos.

O ato administrativo carece de avaliação multidimensional, que não pode restar adstrita à lei como regra. Nesse ponto, estava certo Jean Rivero,¹⁷ ao asseverar, enfaticamente, que mesmo os atos

13 Vide art. 13 da Lei 9.784/99.

14 Vide Celso Antônio Bandeira de Mello in **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 10, que também propôs fossem revisitados aspectos da discricionariedade, assumindo novas premissas.

15 Vide, para ilustrar crítica à legalidade estrita, Sérgio Guerra in **Discricionariedade, regulação e reflexividade**. 2. ed. BH: Fórum, 2013.

16 Vide, apesar de diferenças de enfoque, Robert Alexy in **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 553, após aludir à insuficiência da interpretação semântica e da interpretação genética, destaca que “o texto das disposições de direitos fundamentais vincula a argumentação por meio da criação de um ônus argumentativo a seu favor”.

17 Vide Jean Rivero in **Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 1973, p. 82: “Il n'existe plus d'acte administratif entièrement discrétionnaire. (...). Même dans les actes les plus liés par l'arrêté de Droit, l'Administration conserve un *minimum* de pouvoir discrétionnaire (...)”.

vinculados guardam o mínimo de discricção. Mais um argumento para que o princípio da legalidade seja nuançado por outros vetores de igual prestígio.

5 Com pertinência, Hans Julius Wolff e Otto Bachof¹⁸ assinalaram que cada abstrata ou concreta criação de Direito se situa entre os polos da inteira liberdade e da rigorosa vinculação, sem que as extremas possibilidades jamais se realizem. Não se tocam em nenhuma hipótese. De fato, nem o sistema jurídico é autorregulável por inteiro, tampouco a liberdade é irrestritamente franqueada ao agente público, por habilitação legal.

Ter-se-á, nessa medida, que controlar o ato administrativo, em maior ou menor intensidade, não apenas no tocante à legalidade, senão que também à vista da totalidade dos princípios fundamentais, como aqueles que exigem o *due process*, o tempo razoável e a probidade das escolhas administrativas, entendidas como opções sobre o que fazer ou não fazer, em determinado contexto de dilema público.¹⁹

Quer dizer, constatados os requisitos, por exemplo, da licença (ato vinculado), o Estado-Administração não apenas deve concedê-la, mas fazê-la em tempo útil.²⁰ Ainda para ilustrar: a atividade administrativa vinculada de cobrar tributos não pode, embora lastreada em lei, estabelecer discriminações contrárias à Federação, francamente interdidas pela Lei Maior.

6 Acresce que o controle sistemático dos atos administrativos vinculados ou discricionários não há de ser mínimo nem máximo, pois não cabe aplicar a lógica reducionista do “tudo ou nada.” O controle terá de ser proporcional.

Nessa medida, erram os maximalistas, que pretendem tudo controlar, produzindo – às vezes, com a intenção funesta de vender facilidades – uma paralisia burocrática insana. No extremo oposto, erram os minimalistas, que preferem deixar tudo ao sabor de políticas supostamente de consenso, ignorando as falhas cada vez mais estridentes de mercado e governo.

Numa posição de equilíbrio dinâmico, defende-se a concepção proporcional de controle, que não aceita o excesso de impulsos invasivos, tampouco cai no famigerado omissivismo inconstitucional, que confunde deferência com inércia desidiosa.²¹

Noutros termos, o controle proporcional dos atos administrativos coíbe atos administrativos maculados por interesses secundários, sem se escudar em avaliações procedimentalistas de fachada, típicas dos defensores do *status quo*.

Por outro lado, cobra o alinhamento com as políticas de assento constitucional. Estas não são vistas singelamente como aquilo que o governo decide fazer ou não fazer, nos termos propostos por Dye,²² muito menos como políticas governamentais desconectadas da racionalidade, típicas do voluntarismo mercurial.

De igual maneira, considera-se insuficiente a proposição de Jenkis, que concebe a política pública como um conjunto de decisões mutuamente relacionadas, tomadas por um ator político ou vários, concernentes à seleção de objetivos e meios necessários para realizá-los.²³ ²⁴Ainda: a despeito de seus inegáveis méritos, também o ciclo de políticas públicas, segundo a descrição dos estágios de Harold Lasswell,²⁵ falha ao desconsiderar significativos fatores exógenos que condicionam, de variadas formas, a tomada da decisão administrativa.

18 Vide Hans Julius Wolff e Otto Bachof in **Verwaltungsrecht**, vol. I. Munique: C. H. Beck'scheVerlag, 1974, p. 186: “JedeabstrakteoderkonkreteRechtserzeugungstehtzwischen den PolenvölligerFreiheit und strengerGebundenheit, ohnedieseäusserstenMöglichkeiten je zuverwirklichen”.

19 Vide Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl in Política Pública. 3. ed. Rio: Campus, 2012, in **Política Pública**, p. 123.

20 Vide, no STJ, o julgamento emblemático do REsp 1.044.158-MS.

21 Há casos em que não há omissão desproporcional, mas abstenção obrigatória, como acontece com a negativa de converter o Estado em segurador universal, a favor de creches e remédios gratuitos para abonados e ricos, algo que não se coaduna com a política racionalmente universalizável.

22 Vide Thomas Dye in **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1972, p.2.

23 Vide William Jenkins in **Policy Analysis**. Londres: Martin Robertson, 1978.

24 Vide sobre esse mérito da definição de Jenkis, p.8.

25 Vide Harold Lasswell in **A Pre-View of Policy Sciences**. NY: American Elsevier, 1971.

Por tudo, o controle proporcional dos atos administrativos opera com a seguinte noção de políticas públicas: *são aquelas políticas constitucionalizadas de Estado, voltadas para o desenvolvimento sustentável e para o bem-estar intergeracional, as quais o governo deve implementar, mediante programas eficientes, eficazes e justificados intertemporalmente.*

A partir dessa ideia-chave, o controle sistemático dos atos administrativos encarta-se no controle da seleção de prioridades e da implementação das escolhas públicas,²⁶ de sorte a perquirir sobre a qualidade, a longo prazo, de projetos e soluções. Em outras palavras, o controle de eficiência e eficácia pode-deve retirar as prioridades constitucionais das nuvens em que se encontram, em vez de deixar o agente político entregue a si mesmo e aos seus caprichos, não raro, inconfessáveis.

Dito isso, cumpre refletir: o Poder Público tem, por exemplo, o dever de manter programa de atendimento às crianças vítimas de abusos? A corrente passivista, na hipótese de o Município não cumpri-lo, entenderá que a inércia não seria inconstitucional, por depender o atendimento da alocação voluntária de recursos no âmbito da discricionariedade administrativa. Trata-se de posição completamente destituída de razoabilidade, mas constrange vê-la manejada por adeptos inflamados do controle mínimo.

A melhor resposta,²⁷ em matéria de controle, corre no sentido de que o Poder Público tem o dever imediato, estabelecido diretamente pela Constituição (art.227), de prestar tutela integral. Não há razão idônea, nesse caso, para invocar a reserva do possível. A prioridade da Constituição é "absoluta," no sentido de insofismável. Logo, o Poder Judiciário pode/deve combater, com largueza de ânimo, o demérito administrativo, determinando o cumprimento diligente e específico, sem mora, de prestações positivas e obrigações constitucionais.

Abandonar o passivismo inercial significa emblemática guinada, em matéria de controle proporcional dos atos administrativos,²⁸ que merece acentuado encorajamento. Afinal, não se admite o silêncio nada inocente perante toda e qualquer inércia lesiva.

7 Ao mesmo tempo, importa mapear os vieses ("biases")²⁹ do agente público, que condicionam as suas decisões administrativas, na ciência de que, como assinalam Keith Stanovich e Richard West, tais pontos cegos resistem até aos pensamentos mais sofisticados.^{30, 31}

Com efeito, a discricionariedade impulsivista opera automática e rapidamente, tomando a maior parte das decisões sem maior senso de controle.³² Já o sistema de controle responde pela deliberada atenção³³ regulatória, apesar de, com desafortunada assiduidade, revelar-se confinado à lei do menor esforço.³⁴

Como alerta Daniel Kahneman, o impulsivismo confunde facilidade cognitiva com verdade, abusa das heurísticas e simplifica demais, especialmente ao substituir questões difíceis por fáceis, além de

26 Vide John Forester in **Planning in the face of power**. Berkeley: University of California Press, 1989. Sobre o controle jurisdicional, v. Fábio Konder Comparato in **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, n.737, p.353. Vide Maria Paula Dallari Bucci in **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2. ed. SP: Saraiva, 2006.

27 Vide, no STF, REExt 482.611-SC.

28 Vide, no direito comparado, Andrew Coan in **Judicial capacity and the substance of constitutional law**. Yale Law Journal. 122.2 (Nov. 2012): p. 422.

29 Vide Timothy Endicott in **Administrative Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 183: **A bias is a disposition to decide against a party for some improper reason, regardless of the merits of the questions being decided.**

30 Vide Richard West, Russell Meserve e Keith Stanovitch in **Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot**. Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 103 (3), Sep 2012, pp. 506-519.

31 Vide Daniel Kahneman in **Thinking, Fast and Slow**. London: Penguin Books, 2012, p. 13: "Fast thinking includes both variants of intuitive thought – the expert and the heuristic – as well as the entirely automatic mental activities of perception and memory, the operations that enable you to know there is a lamp on your desk or retrieve the name of the capital of Russia."

32 Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p.20.

33 Idem: ob.cit., p. 22.

34 Idem: ob.cit., p. 35.

inventar causas.³⁵ Sofre de comprovada aversão à perda, com desproporcional reação às perdas na comparação com os ganhos.³⁶ Exagera a coerência e é predisposto a confirmar as crenças iniciais, vendo somente aquilo que quer ver.³⁷

Útil, portanto, jamais negligenciar o papel do controle, mormente porque quando este se apresenta debilitado³⁸ ou exaurido, libera espaço para o domínio opressivo de estereótipos e³⁹ dos juízos superficiais do passivismo condescendente.

O que se pretende realçar é que, tanto na prática dos atos discricionários como dos atos vinculados, restritivos ou ampliativos,⁴⁰ os sopesamentos e as ponderações coexistem⁴¹ com a rede tendenciosa de impulsões (como demonstram os experimentos de John Bargh⁴² sobre a força dos estereótipos). Convivem em disputas entre a recompensa imediata (tão dominante no gosto mediano da classe política) e o pensamento de longo prazo, que precisa passar a ser a tônica do controle proporcional e reflexivo dos atos administrativos.

Na realidade, são as impulsões que minam as modulações intertemporais⁴³ de longo prazo,⁴⁴ assim como produzem a vulnerabilidade ao contágio emocional⁴⁵ e à ignorância pluralística,⁴⁶ tão danosas à implementação de políticas constitucionalmente prioritárias.

Nesse contexto, tomar ciência dos vieses é condição *sine qua non* para aprimorar o controle dos atos administrativos, em vez de negar os condicionamentos inconscientes, negação irrealista da condição humana dos formuladores e dos implementadores das políticas públicas. Dito de outra maneira, se o controle e o autocontrole dos atos administrativos não estiver vigilante ou acreditar na fantasiosa determinação do mundo pré-dado, será manipulado impiedosamente por impulsos cegos e pré-compreensões sem freios, que o impelirão a aceitar decisões sob influências (internas ou externas) que nada ostentam de fundo racional, visto que gravitam em torno de idiossincráticos automatismos nada universalizáveis.

35 Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 105.

36 Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p.105: "responds more strongly to losses than to gains (loss aversion)."

37 Idem: p. 105: "is biased to believe and confirm."

38 Vide Daniel Kahneman: in ob.cit., p. 41.

39 Vide, para ilustrar a ameaça dos estereótipos ("stereotype threat"), Claude Steele in **A threat in the air: How stereotypes shape intellectual identity and performance**, American Psychologist, Vol. 52(6), Jun 1997, pp. 613-629.

40 Vide, sobre a distinção entre atos ampliativos e restritivos, Celso Antônio Bandeira de Mello in **Por uma teoria do ato administrativo unilateral**. Interesse Público, BH: Fórum, n. 77, 2013, pp 15-22.

41 Vide André Palmimi e Victor Geraldi Haase in **"To do or not to do? The neurobiology of decision-making in daily life**, Dementia & Neuropsychologia 2007; 1: pp.10-17. Observam (p. 15): "The crucial issue is that *in practice*, in real life, several stimuli – appealing differently to the subcortical reward and to the prefrontal systems - coexist in time. In other words, in practice, there are several stimuli with prospectively distinct levels of immediate versus delayed gratification demanding a behavioral response."

42 Vide John Bargh, Mark Chen e Lara Burrow in Automaticity of Social Behavior: Direct Trait Construct of Stereotype Activation on Action. **Journal of Personality and Social Psychology** 71 (1996): 230-244. Por exemplo, compor uma frase sobre idosos faz com que as pessoas, logo a seguir, inconscientemente, passem a andar mais devagar.

43 Vide, sobre a questão intertemporal, André Palmimi e Victor Geraldi Haase in **To do or not to do? The neurobiology of decision-making in daily life** ob.cit, p.12: "Inescapably, making decisions is a constant demand upon our brains, and there is always the dichotomization between the more immediate rewards and the more delayed gratifications (without the immediate rewards)."

44 Vide Juarez Freitas in **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2. ed. BH: Fórum, 2012, notadamente no Capítulo sobre falácias. Vide, ainda, James Salzman e Barton Thompson in Environmental Law and Policy. NY: Foundation Press, 2010, pp. 24-26.

45 Vide, sobre a emoção como fenômeno comportamental, social e psicofisiológico e sobre o automatismo do contágio, Elaine Hatfield, John Cacioppo e Richard Rapson in **Emotional Contagion**. University of Cambridge, 1994.

46 Tendência de agir mais quando está só, numa situação emergencial, do que em grupo, no qual resta preso à inércia. Vide, sobre a ignorância pluralística, Dale Miller e Cathy McFarland in **Pluralistic ignorance: When similarity is interpreted as dissimilarity**. Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 53(2), Aug 1987, pp. 298-305. Vide, sobre a influência do tamanho do grupo sobre a capacidade de agir em emergência, Bibb Latane e Steve Nida in "Ten Years of Research on Group Size and Helping". Psychological Bulletin 1981. Vol. 89, nº. 2, pp. 308-324.

Assim, a pedra de toque para o controle sistemático dos atos administrativos consiste em não confiar cegamente nos impulsos da discricionariedade imediatista, tampouco no domínio simplificador das regras vinculantes, uma vez que os vieses estabelecem, em ambos os casos, intensidades contrastantes, no manejo de critérios jurídicos.

Por alarmante que possa soar, os vieses (com os seus erros grosseiros ou sutis de avaliação⁴⁷), combinados à força do contexto,⁴⁸ determinam, em grande parte das ocasiões, as escolhas administrativas. Bem observadas as coisas, o irracionalismo arbitrário (por ação ou omissão) resulta do predomínio que o impulsivismo confere às conclusões (falsas) que confirmam crenças (espúrias e nada republicanas),⁴⁹ incorrendo naquilo que se chama de enviesamento da confirmação,⁵⁰ quando o agente público procura ver somente aquilo que quer ver, hipnotizado por impressões iniciais, vícios e inclinações.

Precisamente em função disso, se o controle dos atos administrativos não estiver compenetrado em checar os dados em fontes de informações independentes, a coerência das políticas públicas não encontrará respaldo na racionalidade dialógica, que terá sido eclipsada pela confiança cega nas crenças⁵¹ e ideologias. Vítima, por igual, de ojeriza às dúvidas⁵² e da propensão de suprimir ambiguidades por decreto.

Desse modo, como os riscos de desvios cognitivos estão presentes em toda atividade administrativa, é fundamental compreender os vieses ("biases"), que comprometem a isenção e o balanceamento da decisão administrativa, em rol não exaustivo:

(a) *o viés da confirmação*⁵³: a predisposição de optar por dados e informações que tão-somente confirmam as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo preventivo do controle (interno e externo). Desnecessário dizer que a crença prévia do agente público pode estar rotundamente errada, inclusive pela escassez de dados disponíveis, pela falta de projetos consistentes ou pela miopia dolosa. O agente, ao pretender confirmar a qualquer custo, funciona rápido demais e se fecha a opções distintas.

(b) *o viés do status quo*⁵⁴: a predisposição de manter as escolhas feitas e as tradições administrativas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e clientelistas. Ocorre, por exemplo, quando o agente público, tendo adotado linha de orientação insustentável no passado, resigna-se a ela, mesmo que a conduta redunde claramente ruinosa. Também aparece na tese dos que se defendem de improbidade, alegando que sempre foi aceita determinada prática, assim como o uso indevido de aviões por agentes políticos.

(c) *o viés do enquadramento*: a predisposição de tomar a decisão administrativa à dependência do modo pelo qual a questão é enquadrada.⁵⁵ Ocorre quando o agente público, leigo ou exímio

47 Vide Daniel Kahneman, ob.cit., p. 58.

48 Vide, para uma explanação sobre o poder do contexto, Malcon Gladwell in **O ponto de virada**. Rio: Sextante, 2009, pp. 139-143.

49 Vide Daniel Gilbert in **How Mental Systems Believe**, American Psychologist, vol. 46, n.2, fev, 1991, pp. 107-118. Aí sugere, à p. 116, que a aceitação temporária de uma proposição é parte do processo não voluntário de sua compreensão.

50 Vide Daniel Kahneman in ob.cit. p. 81: **The operations of associative memory contribute to a general confirmation bias.**

51 Idem: ob.cit., p. 87: "The confidence that individuals have in their beliefs depends mostly on the quality of the story they can tell about what they see, even if they see little. We often fail to allow for the possibility that evidence that should be critical to our judgment is missing – what we see is all there is."

52 Idem: ob.cit, p. 114: "System 1 is not prone to doubt. It suppresses ambiguity and spontaneously constructs stories that are as coherent as possible. Unless the message is immediately negated, the associations that it evokes will spread as if the message were true."

53 Idem: ob.cit., p. 81: "System 1 is gullible and biased to believe, System 2 is in charge of doubting and unbelieving, but System 2 is sometimes busy, and often lazy. Indeed, there is evidence that people are more likely to be influenced by empty persuasive messages, such as commercials, when they are tired and depleted."

54 Vide William Samuelson e Richard Zeckhauser in Status Quo Bias in Decision Making, **Journal of Risk and Uncertainty**, 1: p.8 (1988): "This article reports the results of a series of decision-making experiments designed to test for status quo effects. The main finding is that decision makers exhibit a significant status quo bias. Subjects in our experiments adhered to status quo choices more frequently than would be predicted by the canonical model".

55 Vide Cass Sunstein e Richard Thaler in Nudge, ob.cit., p. 39: "Até mesmo os especialistas estão sujeitos

especialista no assunto em discussão,⁵⁶ deixa de perquirir, por falta de tempo ou motivo menos nobre, se o enquadramento diverso da questão conduziria à resposta melhor e com menos externalidades negativas. Como anota Steven Pinker, uma limitação da racionalidade é “que nossa capacidade de enquadrar um fato de diversas formas faz com que troquemos de ângulo no decorrer de uma ação, dependendo de como a ação é descrita.”⁵⁷ Para piorar as coisas, os sofistas, corruptos e perpetuadores das assimetrias de informações, têm sido hábeis na técnica maliciosa do enquadramento, utilizada para ludibriar, manipular e distorcer. O melhor remédio, nesse campo, está em variar os enquadramentos, gerar alternativas e desconfiar do ângulo pelo qual os problemas são formulados.

(d) *o viés do otimismo*⁵⁸ *excessivo*: a confiança extremada guarda conexão com as previsões exageradamente seguras (e negligentes),⁵⁹ ligadas, às vezes, a erros nem sempre inocentes.⁶⁰ Os financiamentos públicos, por exemplo, deveriam saber se conter diante de investidores que, sem garantias suficientes, costumam fazer promessas mirabolantes. A solução, nesse passo, é adotar dose apenas moderada de confiança, porque o seu excesso temerário distorce os julgamentos e afugenta os cuidados inerentes à prevenção e à precaução.⁶¹

(e) *o viés do presentismo* (“present-biased preferences”):⁶² verifica-se quando o agente público manifesta tendência de buscar recompensas imediatas, sem perguntar sobre os efeitos de longo prazo, causando prejuízos de toda ordem (inclusive à saúde pública), por falhas intertemporais.⁶³ Estímulos errados para aquisição de veículos, voltados para o consumo de curto prazo, podem, por exemplo, conduzir à imobilidade urbana, entre outros males. O remédio consiste em cultivar, em sentido forte, o princípio do desenvolvimento sustentável, em nome de benefícios duradouros.

Como tais vieses ilustram, imperativo identificar, no escrutínio dos atos administrativos, aqueles procedimentos que auxiliam a encontrar respostas rápidas, mas errôneas, para questões públicas complexas.⁶⁴ Sem dúvida: seja por abuso, seja por omissão, revela-se injustificável permitir, sem veto, a influência exacerbada de automatismos e impulsivismos próprios da antiga discricionariedade.

8 Discricionariedade e novo controle

8.1 No contexto brasileiro, releva assimilar que a escolha administrativa, operada com multicritérios pelo administrador eficiente e eficaz, pressupõe a contrapartida de sindicabilidade imparcial, dado que são inaceitáveis, em ordem democrática, o enviesamento do controle.⁶⁵ Além

a efeitos do enquadramento. Ao ouvir que ‘90 em 100 estão vivos’, os médicos têm mais probabilidade de recomendar a operação do que se ouvirem que ‘10 em 100 estão mortos.’”

56 Vide, sobre a dificuldade de especialistas aceitarem o erro, Philip Tetlock in **Expert political judgment**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

57 Vide Steven Pinker in **Do que é feito o pensamento**. SP: Cia. das Letras, 2008, p. 448.

58 Vide, sem deixar de reconhecer os benefícios do otimismo racional, Tali Sharot in **The Optimism Bias**, Current Biology, Vol. 21, Issue 23, December 2011, pp. 941-945. Vide, ainda, Tali Sharot in *The optimism bias*. New York: Pantheon, 2011.

59 Vide Daniel Kahneman in ob.cit., pp. 249-254.

60 Vide John Kenneth Galbraith in **A economia das fraudes inocentes**. SP: Cia. das Letras, 2004.

61 Vide, sobre otimismo excessivo, David DeJoy in **Optimism bias and traffic safety**, Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting September, 1987 vol. 31, n.7, pp. 756-759.

62 Vide Stephan Meier e Charles Sprenger in **Present-Biased Preferences and Credit Card Borrowing**, American Economic Journal: Applied Economics, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 193-210. Observam: “The finding that directly measured present bias correlates with credit card borrowing gives critical support to behavioral economics models of present-biased preferences in consumer choice. This paper opens up a number of avenues for future research.”

63 Vide Shane Frederick, George Loewenstein e Ted O’Donoghue in *Time Discounting and Time Preference: A Critical Review*, **Journal of Economic Literature**, vol. 40, n.º 2, 2002, pp. 351-401.

64 Vide Daniel Kahneman in ob.cit., p. 98: “The technical definition of *heuristic* is a simple procedure that helps find adequate, though often imperfect, answers to difficult questions. The word comes from the same root as *eureka*.”

65 Vide Timothy Endicott in *Administrative Law*, ob.cit., p. 262: “the law may control a discretionary power by: (1) allocating it to a particular person or agency; (2) defining its extent; (...) (3) imposing standards that the decision maker must apply, or identifying considerations on which public authority must act; (4) requiring a public authority to adhere to procedural requirements: openness and

disso, as opções válidas *prima facie* não são indiferentes, em face das peculiaridades conjunturais. Vai daí que não merece prosperar a escolha administrativa que não se mostra justificável, empírica e juridicamente. A escolha administrativa (baseada em juízos de qualidade) pode até não ser, no geral das vezes, diretamente controlável, mas o vício ou o demérito será sempre sindicável.⁶⁶

Pode-se, assim, compreender a *discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências, mediante justificativas válidas, fática e juridicamente aceitáveis, observados os requisitos da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.*

Não se acolhe a possibilidade (irracional e decisionista) de ato administrativo completamente insindicável, pois a sua motivação precisa indicar, de modo suficiente,⁶⁷ os fundamentos de juridicidade⁶⁸ da escolha, permitindo efetuar o controle que mais interessa, o relativo ao por que, mais do que ao “como” e ao momento. Não é, contudo, o que prepondera na reinante precariedade das relações de administração, ecos do Direito Administrativo “governativo”⁶⁹ hiperexecutivista.

Por essa ordem de considerações, cumpre catalogar os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa:

(a) o vício da *discricionariedade excessiva (arbitrariedade por ação)* – hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária,⁷⁰ isto é, quando o agente público opta por solução desmedida, sem lastro e sem amparo em regra válida. Ou quando a intervenção administrativa encontra-se, por algum motivo, desdestinada.

(b) o vício da *discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão)* – hipótese em que o agente público deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com omissão desproporcional, faltando com os deveres de prevenção e precaução. Nessa modalidade igualmente patológica, a omissão – verdadeiro dardo que atinge o cerne dos objetivos constitucionais – traduz-se como descumprimento, doloso ou culposo, de diligências co-gentes, tais como as relacionadas aos deveres de matricular crianças carentes ou de fornecer remédios à população desvalida.

8.2 O que se verifica, na vida real, são atos discricionários soltos e desfazimentos temerários, que reclamam, sem dúvida, melhor filtragem das motivações, numa perspectiva intertemporal.

Reitere-se: inexistente – como advertia Georges Vedel⁷¹ – a pura discricionariedade, tampouco a notice;hearings; lack of bias; and reasons; (5) providing a review (...) (6) imposing liabilities.”

66 Vide Juarez Freitas in **O Controle dos Atos Administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. A quinta edição deverá ser publicada em breve, incorporando as reflexões veiculadas nesse artigo.

67 No sistema europeu, vide Diana-Urania Galetta in **Principio di Proporzionalità e Sindacato Giurisdizionale nel Diritto Amministrativo**, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p. 838.

68 Sobre o tema da juridicidade como verdadeira vinculação ao Direito, vide Paulo Otero, **Legalidade e Administração Pública**, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

69 A propósito, vide Sabino Cassese in **As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI**, *Interesse Público* 24, ao tratar da superação do paradigma que denomina “governativo”. Vide, do mesmo autor, **L’Ideale di una Buona Amministrazione**, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 17 e ss.

70 Vide Luis Manuel Fonseca Pires in **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio: Elsevier, 2009, p. 190, ao destacar que a competência, em si, é sempre vinculada.

71 Vide Georges Vedel, *Droit Administratif*, Paris: PUF, 1973, pp. 318-319. Vide Vítor Nunes Leal in **Problemas de Direito Público**, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 281: “Conquanto não haja atos integralmente discricionários, entretanto, para a prática de certos atos administrativos a Constituição e as leis costumam reservar à Administração Pública uma opção de conveniência e oportunidade. A opção de conveniência e oportunidade é que constitui o conteúdo discricionário do ato, mas, salvo no tocante a esse ponto, o ato administrativo, em tudo o mais, se deve considerar vinculado”. Na mesma senda a asserção, alicerçada na observação da prática administrativa, vide Caio Tácito in **Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 65: “Não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuados, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa. O equívoco da doutrina clássica estava em considerar o ato administrativo como um todo indivisível e, sob essa unidade, qualificá-lo em uma ou outra daquelas categorias. Se nos detivermos, porém, na análise de sua criação, poderemos concluir, facilmente, que a vinculação ou a discricção se manifesta no tocante a cada um dos elementos essenciais do ato”. E averba: “À liberdade optativa da Administração se sobrepõe, no entanto, o elemento de finalidade. (...). A finalidade é, em última análise, um elemento sempre vinculado, que não comporta apreciação discricionária” (p. 67).

pura vinculação ("l'Administration ne se trouve jamais dans une situation de purpouvoir discrétionnaire ou de purecompétenceliée. Il n'y a jamais purecompétenceliée: (...). Mais surtout, il n'y a jamais purpouvoir discrétionnaire").

A calhar, tome-se o exemplo do ato de autorização portuária. Imagine-se que um administrador público objetivasse, com o ato em tela, favorecer apaniguados. Ainda que aparentemente perfeito na forma, a quantos princípios constitucionais violaria a autorização, nesses moldes? Logo, o conceito de discricionariedade administrativa nada tem a ver com o decisionismo irracional, pois a melhor escolha administrativa precisa ocorrer no quadro de justificativas universalizáveis, moral e intertemporalmente consistentes.

8.3 O que não pode prosseguir é a discricionariedade servir de refúgio para devastadores arbítrios, negadores da impessoalidade e dos demais princípios, sem reação proporcional dos controles. Direitos fundamentais (como o direito à saúde – que transcende a esfera individual, nos termos do art. 196 da CF⁷²) continuam sufocados ou precariamente atendidos, em nome da suposta discricção na fixação de prioridades administrativas, em que pese o núcleo essencial dos direitos fundamentais ser inegociável, por definição.^{73,74} Por isso, tanto os atos administrativos discricionários como os vinculados terão de ser acompanhados de suas razões. E o administrador restará vinculado aos fundamentos que externar, sujeito a seus termos.^{75,76}

Nesse enfoque, evitam-se dois fenômenos simétricos igualmente nocivos: de uma parte, uma noção de vinculação dissociada da subordinação a princípios fundamentais e, de outra parte, uma noção de discricionariedade tendente a dar as costas à vinculação constitucional e legal, minando, pela arbitrariedade interdita,⁷⁷ o poder de veto do sistema contra os costumeiros impulsivismos.

Afirmar-se, pois, que a discricionariedade vinculada não é contradição em termos. Não significa afirmar que inexista juízo de conveniência ou competência para escolher entre opções válidas *prima facie*. Para ilustrar: há relativa liberdade para realizar compras públicas, desde que compatíveis com

72 Vide, no STF, RE/AgR 271.286.

73 Em exame de eventual vício no exercício da discricionariedade não há lugar para eficácia apenas mediata de direito fundamental, em seu âmago. A tutela dos direitos fundamentais, portanto, deve servir para, entre outros objetivos, coibir restrições ou omissões indevidas do Poder Público. A argumentação econômica de inviabilidade fática conspira, não raro, contra si mesma. Não se infirma a fundamentalidade de um direito por sua difícil concretização. Gradualmente, deve-se rumar para a efetividade, não se devendo desistir, em momento algum, da reiterada e insistente proteção do direito fundamental.

74 Vide Hartmut Maurer in **Droit Administratif Allemand**, ob. cit., pp. 124-155, para quem as "quatro fases" de aplicação do Direito pelas autoridades administrativas (pesquisa e determinação da situação de fato, interpretação e determinação do conteúdo das condições de fato postas pela lei para sua aplicação, subsunção e determinação da regra a aplicar) não estão separadas, mas ligadas entre si. De outra parte, entende que há poder discricionário da Administração (*Ermessen*) se esta puder, reunidas as condições de aplicação da lei, escolher entre diferentes modos de comportamento (p. 127). Aponta os principais vícios no exercício do poder discricionário: (a) transgressão dos limites assinalados na disposição que conferiu o poder; (b) não utilização (ou subutilização) do poder discricionário (*Ermessensunterschreitung*); (c) exercício defeituoso (*Ermessensfehlgebrauch*) ou abuso; e (d) violação dos direitos fundamentais e dos princípios gerais de Direito Administrativo – aproximando-se, nesse aspecto, da abordagem aqui defendida. Todavia, admite a redução do poder discricionário a zero (*auf Null*) e a atrofia de tal poder, quando aqui se enfatiza apenas a atenuação da liberdade, em face dos argumentos expostos. Faz também a distinção entre *discricionariedade* e *noção jurídica indeterminada* (*umbestimmter Rechtsbegriff*), optando, a partir da teoria da margem da apreciação, por manter a dicotomia entre *discricionariedade* – não sem hesitação – e *conceitos indeterminados* (p. 149), estes amplamente controláveis pelos tribunais, ainda que admita exceções (p. 152). Como enfatizado, aqui há diferença de posicionamento a favor da ampla sindicabilidade quanto ao demérito do exercício do poder discricionário.

75 Vide, no STJ, AgRg no Resp 670453/RJ, em cuja ementa se lê: "A Administração, ao autorizar a transferência ou remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação."

76 Vide, no STJ, AgRg no Resp 670453/RJ, em cuja ementa se lê: "A Administração, ao autorizar a transferência ou remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação."

77 A Constituição espanhola expressamente interdita a arbitrariedade, no art. 9^o. Vide, a propósito, Tomás-Ramón Fernández, **De la Arbitrariedad de la Administración**. Madri: Civitas, 1994.

o exame do ciclo de vida dos produtos (como determina a Lei de Resíduos Sólidos⁷⁸). Quer dizer, a discricção é indescartável, mas, numa gestão qualificada, serve apenas para incrementar a *performance* administrativa com eficiência (CF, art. 37) e eficácia (CF, art. 74), nunca para o contrário.

O que se pretende assinalar é que existe porção de vinculação (a programas, políticas e metas constitucionais) que contém a discricionarietà, a qual não se desfaz por essa presença, senão que se legitima, ao não se autorreferenciar nem fixar residência no espaço fluido das vontades particularistas, incompatíveis com o controle proporcional, sob pena de convertê-lo em simples mito.

Como sublinhado, os fundamentos de fato e de direito (aí inseridos cuidados com a probidade administrativa) devem ser controlados incisivamente. Na hipótese de motivação insuficiente, tem-se ato maculado e condenável à extinção. Afinal, os atos administrativos podem ser enquadrados como de improbidade pela só e inequívoca constatação de serem desonestamente atentatórios aos princípios da Administração Pública (Lei 8.429/1992, art. 11) – o que reforça a convicção de que controle de cogência finalística integra o exame de sistematicidade dos atos administrativos.⁷⁹ Ademais, em caso de inoperância ou negligência omissiva, imperativo entender que a liberdade apenas é dada para que a autoridade administrativa mais responsabilmente (inclusive em termos fiscais) cumpra as suas obrigações constitucionais.

Nesse passo, o controle judicial haverá de ser (além de “legislador negativo”) o de “administrador negativo”, exercendo o veto à antijuridicidade dos atos administrativos em geral. Com efeito, se é certo que o Poder Judiciário não pode substituir (em regra) o administrador (sem prejuízo do art. 461, do CPC), resulta obrigado a emitir juízo sobre como não deve ser a sua conduta (comissiva ou omissiva), desmistificada a posição escapista de outros tempos.⁸⁰

Resta nítido, ou deveria restar, no tocante aos atos administrativos, que varia tão-somente a intensidade da vinculação, sem se cometer o equívoco de identificar o plano limitado das regras com o plano aberto do Direito.⁸¹ Reitere-se que, embora não syndique diretamente o merecimento, cabe ao Poder Judiciário, sem nada usurpar,⁸² atuar diligentemente no sentido de interditar a arbitrariedade por ação ou omissão. Nesse panorama, no exercício do controle dos atos administrativos, o juiz pode/deve tomar providências, se a omissão administrativa apresentar-se irreparável ou de difícil reparação. Logo, apenas sob determinado aspecto, continua plausível asseverar que o Poder Judiciário não aprecia o merecimento, em si, da decisão administrativa. Na interdependência dos poderes, o controle não pode deixar de verificar se efetivamente a conduta arbitrária ocorreu, isto é, se o administrador agiu, ou deixou de agir, com legitimidade⁸³ e proporcionalidade. Para tanto, força não confundir, nem de longe, a *discricionarietà*⁸⁴ com a repulsiva *arbitrariedade* (*não universalizável, por definição*). Dito sem qualquer elipse: a discricionarietà desvinculada de princípios e direitos fundamentais degenera em arbitrariedade.

À vista do exposto, a Administração Pública não somente pode, senão que deve, revisar avaliações e ponderar melhor, à base de informações atualizadas e eventualmente corrigidas, sobre os custos e os benefícios diretos e indiretos (externalidades) de suas iniciativas. Ao fazê-lo, importa respeitar os efeitos constitutivos e apontar a superveniência dos fatos que determinaram o eventual desfazimento de ato válido a partir de mudança racional de avaliação.⁸⁵

É o que pode acontecer, por exemplo, com licenças ambientais, dadas em contexto em que se descobre risco insuspeitado de impacto negativo do empreendimento. Desse modo, amplia-se a

78 Vide Lei 12.305, de 2010, art. 3, IV.

79 Vide caso emblemático de controle de proporcionalidade, no julgamento do Rext 365368, que considerou desproporcional o número de cargos em comissão de município em comparação com o de cargos efetivos.

80 Vide, no STJ, o julgamento do REsp 2002/0046110-8.

81 Cumpra esclarecer que a diferença de enfoque é, não raro, derivada de ambiguidades léxicas ou pragmáticas.

82 Vide, no STJ, REsp 208.893-PR.

83 Vide Diogo de Figueiredo de Moreira Neto in **Legitimidade e Discricionarietà**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

84 Vide, no ponto, Juan Carlos Cassagne in **La Discrecionalidad Administrativa y el Control Judicial**, Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 6.

85 Emblemático é o seguinte julgado, em cuja ementa se lê: “A Administração não está vinculada, quanto à pena a ser aplicada, às conclusões de parecer de comissão disciplinar e/ou consultoria jurídica. Cabível a discordância, desde que devidamente fundamentada e motivada. (...)” (STJ, MS 2001/0023473-9).

sindicabilidade intertemporal. Esta passa a ser vista também nos atos vinculados: o automatismo cede à liberdade de vetar impulsos, vieses e equívocos, por mais arraigados que estejam.

No exame (algo impropriamente denominado) de conveniência e oportunidade, o controle sistemático tem o escopo de impedir que o merecimento se transforme em prepotência voluntarista. Com isso, não se aceita deferência exacerbada a ato administrativo exclusivamente político, pois todos os momentos da tomada de decisão (e respectivas motivações) precisam revelar sintonia com as diretrizes eminentes de Direito Administrativo.

Nessa ordem de considerações, os atos administrativos podem ser classificados, sem fixidez, como (a) atos vinculados propriamente ditos, ou seja, aqueles que devem guardar intenso condicionamento a requisitos formais, com escassa (residual) liberdade do agente, sem excluir a sua prática reflexiva e, de outra parte, existem (b) atos administrativos de discricionariedade vinculada à íntegra dos princípios e dos direitos fundamentais, a saber, aqueles que o agente público pratica mediante juízos de adequação, conveniência e oportunidade, tendo em mente encontrar a melhor (mais eficaz e eficiente) solução para circunstâncias específicas, sem que se mostre, a rigor, indiferente a escolha das consequências diretas e indiretas. A existência de múltiplas opções identicamente válidas só ocorre *prima facie*. No plano concreto, existem opções francamente inadmissíveis.

Em suma, o administrador público, nos atos ditos discricionários, goza de liberdade para emitir juízos decisórios, somente com o desiderato de promover a máxima concretização do direito fundamental à boa administração. Apenas para isso. Ao passo que, na prática de atos vinculados propriamente (a despeito de impossível vinculação maciça), o agente público emite o mínimo de juízo necessário à concretização principiológica integrada. O controle de higidez⁸⁶ alcança os deméritos e os vícios globais: quanto maior a liberdade, maior a contrapartida sistemática do controle, na ciência de que importa não a aparência formal de regularidade, senão que a avaliação qualitativa das condutas públicas, consoante métricas objetivas do cumprimento das prioridades constitucionais.

Como sublinhado, nunca sucede a mera subsunção automática (dedutivismo necessitário afastado), sequer nos atos propriamente vinculados. Nessa lógica, retempera-se a distinção entre a discricionariedade (no plano da eleição de consequências) e os conceitos indeterminados (*Tatbestand*), admitindo-se o controle em relação a estes e àquela, na percepção de que em ambos os momentos comportam discricção, sombreada por vieses ("biases"). Não é acertado, pois, distinguir, com muros demasiadamente altos, a discricionariedade volitiva da cognitiva, nem a discricionariedade da decisão (*Entschliessungsermessen*) e da execução (*Auswahlermessen*).⁸⁷ Convém assumir que o controle integrado (interno, externo, judicial e social) precisa ocorrer no tocante à vinculação e à discricção, seja na determinação de conceitos, seja na escolha de consequências, ainda que em fases distintas. O crucial é assimilar, vez por todas, que não pode haver discricionariedade ilimitada, assim como não se aceita a vinculação total: dois equívocos espelhados. Ao se acentuar o caráter vinculante do sistema, evita-se o equívoco assaz comum de inibir o controle em homenagem ao ilusório espaço indevassável da liberdade.

86 Vide, sobre a falta de controle meritório, Carlos de Siqueira Castro in **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**, Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 186 e ss.

87 Vide, no ponto, Andreas J. Krell, **A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil**, *Interesse Público* 23, Assinala: "A decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática; a intensidade vinculatória depende da densidade mandamental dos diferentes tipos de termos linguísticos utilizados pela respectiva lei (...)" (p. 26). "Especialmente a classificação em motivo 'expresso em lei' ou motivo 'deixado ao critério do administrador' não convence" (p. 29). Propõe adiante, seguindo Bullinger e Starck (p. 44), "discricionariedade *tática*, em que o órgão pode decidir sobre circunstâncias concretas alteráveis, para tomar medidas de forma rápida e eficaz (exemplo: polícia); espaço livre para *apreciação pericial*, que normalmente pressupõe um processo administrativo que assegure a imparcialidade da tomada de decisão sobre questões técnico-científicas, mediante órgãos colegiados especializados; discricionariedade para *avaliação de riscos* oriundos de atividades perigosas definidas em lei (exemplo: energia nuclear, engenharia genética); discricionariedade de *planejamento*, que serve para a ponderação criadora e realização de um determinado programa de ação e resulta em decisões administrativas complexas, que tentam equacionar uma pluralidade de interesses envolvidos (exemplo: planos diretores); e discricionariedade para *adaptação da lei ao caso concreto*, em que a aplicação da norma levaria a um resultado contrário a seu fim, devendo a própria lei prever uma 'cláusula de dispensa', reservada para casos atípicos".

A distinção, bem pensadas as coisas, entre atos administrativos vinculados e atos discricionários vinculados a princípios e direitos fundamentais radica tão-só no atinente à intensidade do vínculo à lei como regra. Mas não deve servir para enfraquecer a sindicabilidade.

Como enfatizado, o merecimento pode até continuar no sentido habitual, mas a discricionariedade não é mais conferida pelo legislador como a competência despida de vinculação a princípios e direitos fundamentais. Confia-se que a liberdade (ineliminável) passe a facilitar a boa escolha e vete a postura injustificável racionalmente. Ao mesmo tempo, confia-se aos controles o papel prudencial de incentivar e viabilizar a liberdade em concordância funcional com o sistema.

Para fixar, eis as ideias de relevo, favoráveis à inflexão do controle sistemático dos atos administrativos:

(a) A discricionariedade, no Estado Democrático (quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais), está sempre vinculada ao primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, sob pena de se converter em arbitrariedade proibida e solapar as bases indispensáveis à liberdade de conformação do Direito.

(b) Os atos administrativos podem ser vinculados propriamente ditos ou de discricionariedade vinculada ao sistema, o que implica aprofundar (mais do que ampliar) o controle, sindicando a motivação ou a fundamentação (de fato e de direito), à semelhança e por analogia da requerida na prática de atos judiciais, nos termos da Constituição.

(c) A diferença entre atos administrativos vinculados e discricionários reside antes na maior ou menor intensidade de vinculação⁸⁸ ao princípio da legalidade do que numa eventual inexistência de liberdade do agente na consecução dos atos vinculados. Ao passo que o administrador público, nos atos discricionários, emite juízos de valor (escolhas no plano das consequências), no intuito de imprimir eficiente e eficaz concretização das políticas públicas; ao praticar atos vinculados (reitere-se a impossibilidade lógica de vinculação absoluta) só emite o mínimo de juízo necessário à hierarquização principiológica.

(d) O controle sistemático e proporcional dos atos administrativos há de ser preponderantemente de fundo principiológico (sem menosprezo às regras), à vista da inaceitabilidade de atos exclusivamente políticos: tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários estão proibidos de discrepar do sistema positivado. Numa visão consentânea com o novo Direito Administrativo⁸⁹ e com a primazia da ordem constitucional, pode ser escrutinado sempre o demérito ou a arbitrariedade por ação ou por omissão. Donde segue que o controle possa e deva ser realizado com maior vigor, já que a discricção existe, presumidamente, para que o agente concretize com presteza as vinculantes finalidades constitucionais. Logo, quanto maior a liberdade, maior haverá de ser o controle, nos recíprocos contrapesos entre os Poderes. Sem substituir o agente administrativo, os controles (internos, externos, sociais e jurisdicionais) de juridicidade⁹⁰ não implicam usurpação de poder ou invasão do merecimento em si.⁹¹

(e) No exercício da discricionariedade administrativa, verificar-se-á que a autoridade jamais desfruta de liberdade pura ou "técnica"⁹² para escolher (ou deixar de escolher) as consequências (avaliáveis ao longo do tempo), ainda que sua atuação guarde, aqui e acolá, menor subordinação à legalidade estrita

⁸⁸ Não se nega, por evidente, a distinção. Tudo considerado, um grau de liberdade na avaliação dos requisitos ocorre, mas há, nessa situação, uma mais acentuada vinculação, por opção legislativa, ao princípio da legalidade.

⁸⁹ Corroborando a tendência, v. o seguinte julgado: "1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender às propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido" (REsp 2002/0169619-5).

⁹⁰ Sobre o princípio da juridicidade, na experiência contemporânea, vide Domingo Juan Sesin, **Administración Pública**. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, pp. 30-58. Sustenta, ainda, que o sujeito à revisão é a juridicidade do ato administrativo, não só os "elementos reglados", além de registrar o fenômeno da coexistência de momentos "reglados y discrecionales" (p. 441).

⁹¹ Vide, no STF, do RE/AgR 410.715-SP.

⁹² Vide Juan Carlos Cassagne in **La Discrecionalidad Administrativa y el Control Judicial**, ob. cit.

do que na concretização de atos vinculados. Logicamente, não se admite a revogação de ato vinculado. Nessa linha, os atos administrativos, quanto à intensidade da subordinação à legalidade estrita, podem ser classificados, sem fixidez demasiada,⁹³ como atos administrativos vinculados – ou seja, aqueles de mais intenso condicionamento aos requisitos previamente estabelecidos pelo ordenamento, com escassa e residual liberdade para determinação do conteúdo das disposições normativas – e os atos administrativos discricionários – ou seja, aqueles que o agente público deve (não se trata de mera faculdade) praticar, mediante juízos de conveniência, oportunidade e adequação, na busca da melhor alternativa (não “a” única),⁹⁴ no caso concreto, sem que se revele indiferente a escolha de consequências, embora a pluralidade inicial de opções válidas *prima facie*. O agente público não está obrigado a alcançar “a” única opção correta, mas tem de apresentar motivação aceitável para sua escolha. O erro manifesto, a desproporcionalidade e a transgressão dos requisitos vinculados viciam mortalmente a opção feita.

(f) A distinção sutil entre atos vinculados e discricionários reside mais na intensidade da vinculação à determinação normativa prévia que no grau de liberdade na apreciação. No caso de atos discricionários, o administrador público emite juízos decisórios de valor (no campo da escolha de consequências diretas e indiretas), no encaixe presumível de conferir a máxima concretização à coexistência exitosa de metas do sistema, tais como sustentabilidade. Já na prática de atos vinculados, o bom administrador emite o mínimo de juízo necessário à determinação do conteúdo do comando legal. Ou seja, não cabe, impunemente, a fuga para o mundo pseudo-seguro das regras, especialmente no exame sequencial dos atos administrativos⁹⁵ e das omissões.⁹⁶ Alargam-se, nessa medida, as possibilidades de controle dos porquês, das prioridades e das consequências sistêmicas dos atos administrativos.⁹⁷

(g) Quanto mais se aprofunda a sindicabilidade, mais se desnuda o controle como poder de veto de impulsivismo irreflexivo. A liberdade só pode ser aquela que se harmoniza com o sistema constitucional, a longo prazo, de maneira o mais imparcial possível, de ordem a assegurar o primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais. Desse modo, o administrador público, obrigado a declinar razões para a tomada da decisão, terá sua conduta esquadrinhada em face da qualidade intertemporal das razões articuladas. Convém, entretanto, sulcar: não se pode confundir o aprofundamento preconizado com o excesso paralisante de controle, dado que não se trata de exigir a escolha unívoca, sequer em comunidade ideal. O que se pede é que a escolha seja válida, legítima e escoimada de desejos subalternos. Ou seja, pleiteia-se a melhor escolha administrativa, historicamente condicionada e aberta a revisões, na ciência de que o sistema administrativo⁹⁸ é uma rede, em última instância, hierarquizável pelo intérprete, sem normas estruturadoras que prescindam da reinvenção do sentido da disposição textual.

Nessa perspectiva, o controle sistemático dos atos discricionários e vinculados tem de tornar visível o caráter vinculante do direito fundamental à boa administração pública e, simultaneamente, contemplar a discricionariedade como não inteiramente descontínua e sem limites. O elo entre ambos os aspectos dos atos administrativos (discricionariedade e vinculação) radica na obrigatoria referência ao direito fundamental em apreço.⁹⁹ Como sublinhado, a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe, de maneira exemplar, as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade.¹⁰⁰ Nunca para o excesso ou para a omissão. Desse modo, a inibição mutilatória do controle cede lugar à afirmação crescente do direito fundamental à boa administração, observada a cogência da totalidade dos princípios constitucionais.

93 Vide Gustavo Zagrebelski in **La Giustizia Costituzionale**, Bolonha: Il Mulino, 1988, pp. 54-55.

94 Vide, no ponto, Robert Alexy in **Teoria dos Direitos Fundamentais**, ob. cit, p. 543: “Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado, um processo racional, ele não é um processo que leva sempre a uma única solução para cada caso concreto”.

95 Vide, no STF, MS 28604/DF, Rel e RMS 30973/DF.

96 Vide, no STF, AI 553712 AgR / RS.

97 Vide, no STF, AI 677274/SP.

98 Vide Paulo Otero in **Legalidade e Administração Pública**, ob. cit, p. 167: “a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista em certos setores de atividade”. Além disso, aponta a erosão da legalidade da atuação administrativa (p. 893) e mostra que a reserva vertical de lei foi substituída pela Constituição como norma direta e imediatamente habilitadora de competência administrativa (p. 735).

99 Vide Cármen Lúcia Antunes Rocha in **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 117, ao fazer notar a superação do radicalismo entre vinculação e discricionariedade.

100 Vide Juarez Freitas in **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2. ed., ob.cit.

Mas não basta enunciar tal dever. Cumpre extrair os corolários da vinculação da liberdade ao sistema administrativo. A discricionariedade passa a ser vista, então, como diretamente vinculada à Constituição e ao conjunto de direitos fundamentais, justo para que não se perpetuem as violações, não raro, trágicas. Aperfeiçoa-se, a um só tempo, o controle da demasia (por exemplo, do excesso de cargos políticos sem concurso¹⁰¹) e da insuficiência dos poderes administrativos (por exemplo, omissão fiscalizatória ambiental), para além do exame simplista de validade formal. Sim, impõe-se examinar a forma, porém sem rendição tosca ao omissivismo. Ao lado e acima disso, cabe, em face de arbitrariedade manifesta, determinar a obrigação de fazer ou deixar de fazer, conforme as circunstâncias.

Nessa ótica, precisa ocorrer, com o preconizado equilíbrio dinâmico, uma sindicância que transcenda a abordagem formal. O que acarreta, na prática, acréscimo robusto de profundidade do controle. Significa que o exame dos atos discricionários e vinculados tem de ocorrer finalisticamente, não aceitando mera alegação de conveniência ou oportunidade nem referência vaga a este ou aquele dispositivo. Em outras palavras, imprescindível fortalecer o monitoramento substancial da gestão pública, no intuito de operar a transição da sindicabilidade frouxa e vaga para o patamar do controle efetivo das prioridades constitucionais.

CONCLUSÕES

A modo de resumo: com o aprofundamento da sindicabilidade sistemática, a autoridade administrativa não desfruta de liberdade pura (para escolher ou deixar de escolher). Todos os atos administrativos, ao menos negativa e obliquamente, são controláveis, e os vieses precisam ser escrutinados sem condescendência, notadamente no tocante à finalidade, à motivação e ao objeto.

Por definição, toda conduta administrativa (vinculada ou discricionária) apenas se legitima se imantada pelo primado dos princípios e dos direitos fundamentais. Com isso em mente, o controle cuidará de sopesar custos e benefícios, diretos e indiretos, na tomada da decisão administrativa. Sem ingenuidade, haverá de se tornar apto a lidar com vieses e erros cognitivos, na concepção, na implementação e na fiscalização das políticas públicas.

Urge, em última análise, incorporar novos padrões de controle que afastem os automatismos associados aos sectarismos patrimonialistas, pois passou da hora de erguer o controle intertemporal de prioridade das políticas públicas, de modo a sobrepassar a cultura nociva da vinculação automática e da liberdade enviesada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARGH, John; CHEN, Mark; BURROWS, Lara. **Automaticity of Social Behavior: Direct Trait Construct of Stereotype Activation on Action**, Journal of Personality and Social Psychology 71 (1996).

BOUVERESSE, Aude in **Le Pouvoir Discrétaire dans l'ordre juridique communautaire**. Bruxelles: Émile Bruylant, 2010.

BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/l10406.htm>.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamento o art.37, incisoXXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666_cons.htm.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm.

BRASIL. Lei n 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm.

101 Vide, no STF, Rext 365368, em cujo julgamento restou consignado que o desatendimento, por Município, da regra do concurso público, com a criação excessiva de cargos em comissão e confiança, ofende o princípio da proporcionalidade.

- BRASIL. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm.
- BRASIL. Lei n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em recurso especial n. 2001/0023473-9-MS. Relator: Ministro Edson Vidigal. DJ, 04 fev. 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em recurso especial n. 429.570/GO. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ, 11 nov. 2003.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em recurso especial n. 493.811/SP. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ, 11 nov. 2003.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em recurso especial n. 208.893-PR. Relator: Ministro Franciulli Netto. DJ, 22 mar. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em agravo regimental de recurso extraordinário n. 410.715-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 03 fev. 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em recurso especial n. 1.044.158/MS. Relator: Ministro Castro Meira. DJ, 06 jun. 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em agravo regimental de recurso especial n. 670.453/RJ. Relator: Ministro Celso Limongi. DJ, 18 fev. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em agravo regimental no agravo de instrumento n. 553712/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 19 mai 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em recurso ordinário em mandado de segurança n. 28604/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. DJ, 22 fev. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em agravo regimental de recurso extraordinário n. 482.611/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 23 mar 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em recurso ordinário em mandado de segurança n. 30973/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ, 28 fev. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em recurso em agravo de instrumento n. 677274/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 18 set 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 2. ed. SP: Saraiva, 2006.
- CASSAGNE, Juan Carlos Cassagne. **La Discrecionalidad Administrativa y el Control Judicial**, Buenos Aires: La Ley, 2008.
- CASSESE, Sabino. **As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI**, Interesse Público 24, ao tratar da superação do paradigma que denomina "governativo". Vide, do mesmo autor, *L'Ideale di una Buona Amministrazione*, Editoriale Scientifica, 2007.
- CASTRO, Carlos de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. Paris: Montchrestien, 1995.
- COAN, Andrew. **Judicial capacity and the substance of constitutional law**. Yale Law Journal. 122.2 (Nov. 2012).
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, n.737.
- DEJOY, David. **Optimism bias and traffic safety, Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting September**, 1987 vol. 31, n.7,
- DYE, Thomas **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1972.

- ENDICOTT, Timothy. **Administrative Law**. 2a ed., Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo; São Paulo: Edusp, 1975.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **De la Arbitrariedad de la Administración**. Madri: Civitas, 1994.
- FORESTER, John. **Planning in the face of power**. Berkeley: University of California Press, 1989.
- FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted. **Time Discounting and Time Preference: A Critical Review**, *Journal of Economic Literature*, vol. 40, nº 2, 2002.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração**. 2. ed. SP: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 2. ed. BH: Fórum, 2012.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GALBRAITH, John Keneth. **A economia das fraudes inocentes**. SP: Cia. dasLetras, 2004.
- GALETTA, Diana-Urania. **Principio di Proporzionalità e Sindacato Giurisdizionale nel Diritto Amministrativo**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.
- GILBERT, Daniel. "How Mental Systems Believe", **American Psychologist**, vol. 46, n.2, fev, 1991.
- GLADWELL, Malcon. **O ponto de virada**. Rio: Sextante, 2009.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**. 2. ed. BH: Fórum, 2013.
- HATFIELD, Elaine; CACIOPPO, John; RAPSON, Richard. **Emotional Contagion**. University of Cambridge, 1994.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M. PERL, Anthon. **Política Pública**. 3. ed., Rio: Campus, 2012.
- JENKINS, William. **Policy Analysis**. Londres: Martin Robertson, 1978.
- KAHNEMAN, Daneil. **Thinking, Fast and Slow**. London: Penguin Books, 2012.
- KRELL, Andreas J. "A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil", **Interesse Público** 23.
- LASSWELL, Harold. **A Pre-View of Policy Sciences**. NY: American Elsevier, 1971.
- LATANE, Bibb; NIDA, Steve. "Ten Years of Research on Group Size and Helping". **Psychological Bulletin** 1981. Vol. 89, nº. 2.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1975.
- MAURER, Hartmut. **Droit Administratif Allemand**. Paris: LGDJ, 1994.
- MEIER, Stephan; SPRENGER, Charles. "Present-Biased Preferences and Credit Card Borrowing", *American Economic Journal: Applied Economics*, vol. 2, nº 1, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **"Por uma teoria do ato administrativo unilateral."** **Interesse Público**, BH: Fórum, n. 77, 2013.
- MILLER, Dale; MCFARLAND, Cathy. "Pluralistic ignorance: When similarity is interpreted as dissimilarity". **Journal of Personality and Social Psychology**, Vol. 53(2), Aug 1987.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fomense, 1991.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

- OSTROM, Elinor. **Governing the commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PALMINI, André; HAASE, Victor Geraldi. **“To do or not to do”? The neurobiology of decision-making in daily life**”, *Dementia & Neuropsychologia* 2007.
- PINKER, Steven. **Do que é feito o pensamento**. SP: Cia. das Letras, 2008.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**. Rio: Elsevier, 2009, p. 190, ao destacar que a competência, em si, é sempre vinculada.
- REVERO, Jean. **Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 1973.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SALZMAN, James; THOMPSON, Barton. **Environmental Law and Policy**. NY: Foundation Press, 2010.
- SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. “Status Quo Bias in Decision Making”, **Journal of Risk and Uncertainty**, 1: p.8 (1988).
- SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. Rio: Campus, 1988.
- SEGIN, Domingo Juan. **Administración Pública**. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- SHAROTIN, Tali. “The Optimism Bias”, *Current Biology*, Vol. 21, Issue 23, December 2011, pp. 941-945. Vide, ainda, Taly Sharot in **The optimism bias**. New York: Pantheon, 2011.
- STEELE, Claude. “A threat in the air: How stereotypes shape intellectual identity and performance”, **American Psychologist**, Vol. 52(6), Jun 1997.
- TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 1975.
- TETLOCK, Philip. **Expert political judgement**. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*, Paris: PUF, 1973, pp. 318-319. Vide Vítor Nunes Leal in **Problemas de Direito Público**, Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ZAGREBELSKI, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**, Bolonha: Il Mulino, 1988.
- WEST, Richard; MESERVE, Russell; STANOVITCH, Keith. “Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot”. **Journal of Personality and Social Psychology**, Vol. 103 (3), Sep 2012.
- WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto. **Verwaltungsrecht**, vol. I. Munique: C. H. Beck’acheVerlag, 1974.
- YEUNG, Karen. “Better regulation, administrative sanctions and constitutional values,” *Legal Studies, Journal of the Society of Legal Scholars*, Vol. 33, Issue 2, 2013.