
UMA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A FALÁCIA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Thiago Cesar Giazzi¹
Patrícia Martins Garcia²

RESUMO

O presente artigo trata da análise de ambientação na aplicação dos direitos constitucionais sobre a interpretação que já deveria estar ultrapassada sobre o princípio da supremacia do interesse público, donde o administrador recorre para validar, como argumento de autoridade, mas vazio em seu conteúdo jurídico, a discricionariedade que permite tomadas de decisões sobre as políticas públicas de modo a preterir necessidades e interesses constitucionalmente apontados em prioridade e fundamentalidade. Construído sob o método hipotético-dedutivo, utiliza de revisão bibliográfica para apresentar em seus capítulos os principais conteúdos sobre a análise crítica sobre o desvirtuamento do princípio da supremacia do interesse público na escolha das temáticas das políticas públicas.

Palavras-chave: direitos fundamentais; políticas públicas; discricionariedade administrativa; supremacia do interesse público.

ABSTRACT

This paper deals with the analysis of the setting in the application of constitutional rights on the interpretation that should already be outdated on the principle of supremacy of the public interest, from which the administrator resorts to validate, as an argument of authority, but empty in its legal content, the discretion that allows decision-making on public policies in order to neglect needs and interests constitutionally appointed in priority and fundamentality. Constructed under the hypothetical-deductive method, it uses a bibliographic review to present in its chapters the main contents on the critical analysis on the distortion of the principle of supremacy of the public interest in choice of public policy themes.

Keywords: fundamental rights; public policy; administrative discretion; supremacy of the public interest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. 3 A SUPERAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO PELA SUPREMACIA DO INTERESSE CONSTITUCIONAL. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Advogado. Docente da Unifil - Centro Universitário Filadélfia.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Especialista em Direito de Família e Sucessões; Direito Administrativo e Gestão Pública; Direito Civil e Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Assistente de Promotoria no Ministério Público do Estado do Paraná.



1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do apontamento sobre a atividade do administrador público, entendido este como o agente político que ocupa função executiva do Estado, ou seja, exerce atividade política-administrativa-jurídica para operar a estrutura dos entes estatais, exercendo a atividade social determinada pelo pacto estatal.

O recorte apontado está na tratativa sobre a discricionariedade administrativa desse sujeito administrador, pois apesar de nomear-se como Estado perante a sociedade, via de regra, aponta as subjetividades e vontades da pessoa que exerce a função administrativa, ultrajando o instituto jurídico.

Em primeira parte do artigo, é tratada sobre a discricionariedade administrativa aplicada e apontada na relação com as políticas públicas, sendo estas últimas os meios jurídicos-políticos de exercício da atividade do Estado para aplicação dos direitos fundamentais sociais, ou seja, aqueles cuja responsabilidade paira na titularidade do Estado em promovê-los.

Demonstra-se que é discricionário ao administrador público a eleição das temáticas que serão, de fato, implementadas nas políticas públicas. Aponta-se a crítica que para os direitos fundamentais, em razão da imposição constitucional, não haveria espaço para aplicação discricionária do administrador, tratando-se, de fato, de atividade vinculada e, quando não assim cumprida, devendo ser reconhecida o abuso de direito e a omissão estatal.

Em segunda tópica, reconhece-se que o administrador público, não raramente, aponta a justificativa de suas decisões fundamentadas no princípio da supremacia do interesse público, interesse este que à luz da Constituição Federal, deve ser, há tempos, revisto.

A vontade quantitativa da sociedade não necessariamente está liberada dos limites da autonomia privada em cumprimento do plano constitucional e, ainda, não se pode utilizar o administrador do princípio como argumento irrecorrível de sua vontade.

2 A LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas denotam a atuação da administração pública enquanto executiva de atividades realizadas pelo Estado para efetivação de direitos sociais, estabelecidos como



responsabilidade do Estado em sua produção, fiscalização e entrega à população, efetivando, assim, direitos fundamentais sociais.

Não poderia o ente estatal, nos aspectos ligados às políticas públicas, deixar de realizar prática que promova a dignidade da pessoa humana ou, ainda, criar políticas públicas não atendendo à luz da dignidade enquanto repersonalizadora das atividades jurídicas e políticas.

Por ser ato administrativo a criação e implementação de uma política pública em sua atividade, ainda por estar intimamente ligada à matéria política, o que denota uma pendência para o lado não jurídico e sim administrativo-político, tratar dos aspectos ligados ao poder discricionário da Administração Pública e sua vinculação à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais enquanto normas.

Para uma abordagem sistêmica na elaboração de políticas públicas, pode-se valer da estruturação na qual as políticas públicas (*policies*) são oriundas do sistema político (*politics*) (DWORKIN, 2003).

Estaria tal sistema organizado para atuar em campos da sociedade cujo ente administrativo possua competência de atuação e interferência em temáticas sociais, econômicas e demais possíveis, todos estes consistindo um sistema nacional mais amplo. O sistema político receberia *inputs* do sistema nacional, sintetizando *withinputs* e políticas públicas e produzindo *outputs* que são entregues ao sistema nacional, autor da demanda (EASTON, 1970).

Os *inputs* estariam representados por demandas da sociedade e apoios para a realização das políticas públicas, apresentando-se como insumos para a elaboração das políticas públicas. Os *withinputs* seriam demandas e apoios frutos da autopoiese do sistema político, criados com os insumos já incluídos no próprio sistema político. Os *outputs* seriam as ações e decisões tomadas pelo ente administrativo e entregues como políticas públicas, efetivando direitos (EASTON, 1970).

Deste modo, a atuação do Administrador Público deve ser realizada tanto na filtragem dos *inputs* e *withinputs* de demanda e busca de *inputs* e *withinputs* de apoio, quanto na tomada de decisão para a realização de ação a ser entregue ao sistema nacional, estando o problema encarado na justificativa na fundamentação ora arbitrária desses passos decisórios do Administrador.

Os *outputs* devem prever a tratativa dos interesses jurídicos tutelados em nível personalíssimo, por serem representantes do princípio da dignidade da pessoa humana.



A discricionariedade administrativa, avaliada como um poder ou uma atividade, consiste na atribuição dada pelo próprio texto legal ao Administrador Público para decidir com possibilidade de escolha, o que se difere do “arbitrio”, que denotaria uma abusividade (MEDAUAR, 2015, p.135).

Em suma, a discricionariedade é a “liberdade dentro da lei”, sendo a “margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que ele cumpra o dever integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica diante do caso concreto” (MELLO, 2010, p.436).

A priorização de políticas públicas é escolha do Administrador Público, entretanto, tal escolha não pode ser no sentido de permanecer sem realizar políticas públicas que possuem como objetivo a implementação de direitos fundamentais. Tal ato omissivo não é outra coisa a não ser arbitrariedade, visto que a omissão no cumprimento da Constituição precisa ser corrigida, podendo o Judiciário realizar tal correção (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.71).

Seria o administrador arbitrário aquele que impõem uma vontade não fundamentada, enquanto seria um administrador discricionário, aquele que, verificados os parâmetros da lei sobre determinado assunto, escolhe, de modo fundamentado na própria legislação, qual o ato que será realizado (MADALENA, 2016).

Quando tratada a discricionariedade, significa uma condição de liberdade do administrador, mas não liberdade ilimitada, correspondendo à vinculação não só às normas, mas “a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo” (MEDAUAR, 2015, p.137).

A liberdade que o administrador possui em realizar a sua escolha leva o nome de “mérito administrativo”, correspondendo ao juízo de conveniência e oportunidade de escolha, manifestado pela autoridade administrativa com poder discricionário, no atendimento ao interesse social⁸⁸ (interesse constitucional) (MEDAUAR, 2015, p.137). Essa conveniência consistiria no núcleo do mérito, seu critério volitivo, visto que demonstra a própria autonomia da vontade do administrador em realizar sua escolha, enquanto a oportunidade corresponderia ao critério temporal, apontando o momento determinado pela lei para a realização do juízo de mérito.

De modo geral, expõe-se que tal vontade do administrador deve ser dirigida pelo “interesse público”, considerado este acima do interesse arbitrário do próprio Estado, sendo “resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados



em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem (MELLO, 2010, p. 70-71).

Como a pessoa do administrador público, assim como os legisladores ligados ao ciclo de políticas públicas, atua com discricionariedade – na formulação de normas, arenas de debates, escolha de agendas, tomadas de decisões, implementação, avaliação e controle –, tal atividade estaria em determinar “qual interesse público é este?” em uma moldura expressa pelo próprio direito positivo (MADALENA, 2016, p. 98), agindo de acordo com o princípio da legalidade administrativa.

Nesta seara que são encontradas, para finalidade desta pesquisa, as normas com fundamento repersonalizante, ou seja, que apontem o interesse pessoal da dignidade humana, considerando as necessidades individuais de cada sujeito em seu grupo considerado, visto estarem diretamente pautadas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e serem tratadas como direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito se caracteriza não apenas pelo “princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais” (ABBOUD, 2014, p. 156), sendo que tais direitos constituem uma reserva jurídica que não pode ser atingida pelo particular ou pela Administração Pública (ou por todos os demais entes públicos), ainda que sob veículo de lei, a todo administrativo ou decisão judicial (STEINMETZ, 2004, p. 25-37).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão – direitos ligados à liberdade individual e aos direitos políticos (SILVA, 2005, p. 277) – possuem motivação histórica na limitação do poder do governo sobre os governados, garantindo assim a autonomia e o desenvolvimento como pessoa de valor intrínseco a ser considerado. Quando confrontados com a discricionariedade administrativa, revelam dois conflitos de interesses: (i) vontade do governante x direitos fundamentais de primeira dimensão; (ii) interesse público x direitos fundamentais de primeira dimensão.

Para o primeiro conflito, não há muita dúvida na sobreposição dos direitos fundamentais de primeira dimensão sobre a vontade do governante (Administrador Público), visto que a mera vontade do governante seria considerada arbítrio, não podendo, esta, se impor de forma contrária aos direitos fundamentais.



Para o segundo conflito, não há discussões sobre o seu aspecto abstrato (não existem dúvidas sobre a predominância de direitos fundamentais sobre arbitrariedade governamental), visto que os direitos fundamentais em seu aspecto objetivo atuam, justamente, para limitação da atividade do Estado sobre o particular (deveres negativos do Estado) (BONAVIDES, 2004, p. 517).

Entretanto, quando observado o aspecto concreto da aplicação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, constantemente ocorre um afastamento dos substratos materiais da dignidade da pessoa humana (liberdade, igualdade, solidariedade e aspectos psicofísicos) para o afunilamento do conflito de interesse público e interesse individual, apontando o Administrador Público como um guardião do interesse público e o interesse individual como um arbítrio volitivo de um indivíduo.

A releitura constitucionalizante do princípio da “supremacia do interesse público” apontando como um interesse social ou constitucional, e não como um abstrato elemento eleito pela vontade do administrador público, faz concluir que a discricionariedade administrativa estaria, também, limitada aos direitos fundamentais de primeira dimensão concretamente considerados, pois se desenvolvem na atividade pessoal como próprio substrato do princípio da dignidade da pessoa humana e, este sim, é o fundamento do interesse público constitucional, estando acima da vontade do administrador.

Em tratando de direitos fundamentais de segunda dimensão, representados nos direitos sociais e culturais, ligados a ideia de igualdade material (SILVA, 2005, p. 286), assumem-se estes enquanto garantias de operacionalização positiva do Estado, ou seja, com finalidade de vincular o ente público a realizar prestações que atendam às necessidades da sociedade e, assim, promover condições emancipatórias e igualitárias, a confrontação com a discricionariedade administrativa também só é aparente quando observado o aspecto concreto de aplicação da norma fundamental.

Não há quaisquer dúvidas, no plano abstrato, que o agente público deva respeitar e agir conforme a disposição de direitos fundamentais (pelo próprio princípio da legalidade exposto no art. 37, CF). Tal obrigatoriedade fica mais evidente diante dos direitos fundamentais sociais, visto que demonstram, no plano jurídico, a própria atividade estatal como grande ente social concretizador de direitos para sua população (SARLET, 2011, p. 47-48).

No plano de concretização de direitos fundamentais, sob o qual se vincula as políticas públicas, a discricionariedade administrativa revela, também, dois conflitos: (i) a escolha de



qual tema de direito fundamental social será trazido à agenda sistêmica – discricionariedade x necessidade de tutela sobre os direitos sociais; (ii) a escolha de qual direito fundamental agendado será implementado em razão do orçamento disponível, ou seja, qual “tema” jurídico será concretizado (fases de implementação e avaliação) – discricionariedade orçamentária x direito social individualmente considerado x reserva do possível.

A proposta está em uma única resposta para ambos os conflitos, visto que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata e objetiva, vinculando a todos, inclusive ao Poder Administrativo e, acrescentando a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011) – que atribui valorização e consideração concreta da pessoa tratada enquanto indivíduo. Deve ocorrer a predominância dos direitos fundamentais sociais como efetivadores da dignidade humana concretamente considerada sobre a discricionariedade administrativa.

Não teria nesta argumentação, portanto, espaço para o exercício discricionário, o administrador público em deixar de tratar os direitos fundamentais sociais, necessitando colocá-los sempre em agenda (não havendo discricionariedade, mas vinculação, deste agendamento) e buscando sua implementação.

Para os direitos fundamentais de terceira dimensão – direitos ligados à solidariedade, com sujeitos coletivos (SARLET, 2011, p. 48) -, o único conflito visualizado quando tratado em relação à discricionariedade administrativa, face sua impossibilidade de individualização de sujeitos natural ao seu conceito, é na tomada de decisões e no agendamento. A solução é a mesma empregada nos direitos fundamentais de segunda dimensão. Não há discricionariedade do administrador público para preterir um direito fundamental, sendo que estes vinculam suas atividades. Quando o discurso político fala mais alto e apresenta justificativas discricionárias para afastamento no atendimento do direito fundamental, há descumprimento do dever do Estado, portanto, abuso de direito do administrador público travestido sobre argumento de autoridade denominado supremacia do interesse público.

Cabe lembrar que nenhum desses direitos é absoluto, havendo situações concretas a serem analisadas e ponderadas, entretanto, todos os atos administrativos discricionários devem ser postos a fio de um “feixe de princípios e regras, como sói acontecer com os direitos fundamentais” (FREITAS, 2009, p. 30).

Sendo considerado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação, implementação e exercício de direitos e deveres, inerente ao sistema jurídico constitucional brasileiro (NUNES, 2002, p. 50-58) a consideração da pessoa concreta



enquanto sujeito de direitos, não bastando apenas a harmonia entre os poderes – judicial, executivo e legislativo – no plano abstrato, mas que todos estes poderes possam implementar direitos (fundamentais) que cheguem ao destinatário concretamente previsto na Constituição, a pessoa humana individual, em razão de seu próprio valor intrínseco, nos substratos de concretização da dignidade.

3 A SUPERAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO PELA SUPREMACIA DO INTERESSE CONSTITUCIONAL

Pensando na alteração paradigmática frente à constitucionalização do Direito Administrativo - o que alcança as políticas públicas e deriva-se a repersonalização destas – deve, no Estado Constitucional, haver a subordinação da Administração à lei e, em razão dela, o reconhecimento da posição constitucional dos particulares e da indisponibilidade de seus direitos fundamentais.

O relacionamento entre a Administração Pública e o particular deve ser pautado na base de seus próprios fundamentos jurídicos. Diz respeito à Administração suas “atribuições legais e desempenho de poderes e cumprimentos de obrigações que lhe compõe constitucional e legalmente” e aos particulares, seus direitos fundamentais (ABBOUD, 2014, p. 159).

A máxima proposta por Machete (2010, p. 219) sintetiza muito bem, visto que “não há poder soberano que seja considerado isoladamente”. Não é o Judiciário soberano, nem o Legislativo, tampouco a Administração Pública, pois todos devem respeito à soberania dos princípios e regras constitucionais.

A Administração Pública pautada na Constituição não possui espaço para o exercício ajurídico do poder (ABBOUD, 2014, p. 193), havendo, em razão do respeito ao princípio da legalidade, um princípio da juridicidade administrativa. Não há agir da Administração, ainda que este agir seja político, que não tenha de ser pautado e orientado pelos princípios constitucionais (BINENBOJM, 2008, p. 12).

O já consagrado princípio da legalidade na Administração Pública, expresso no Art. 37, CF, possui outra conotação diante de uma releitura de toda a sistemática jurídica imposta pela hierarquização suprema da Constituição perante dos aspectos internos do Estado, de seu conteúdo principiológico que não perde a qualidade normativa e a vinculação objetiva a todos os sujeitos (FAGUNDES, 2010, p. 88-89) - particulares e entes públicos – possibilitando,



ainda, uma subsunção às situações jurídicas diversas e concretas, atingindo a individualidade de cada sujeito face à sua característica e conteúdo amplo e poroso.

A legalidade administrativa, entendida sempre com a interpretação estrita (DI PIETRO, 2006, p.81) – de que o administrador só pode realizar a sua atividade na moldura da lei, quando houver previsão legal para a atividade, exercendo sua discricionariedade também no desenvolvimento e permissivo legal (MEIRELLES, 2013, p. 127-128) –, é ampliada em seu conteúdo material, vinculando o administrador não só ao determinado nas leis estritamente consideradas, mas a todo um sistema normativo constitucional (MEDEIROS, 1999, p.189), ainda que este possua princípios com o conteúdo não definitivo, diferente de como ocorrem nas regras (maioria das leis infraconstitucionais).

Com isso, o Administrador Público, principal responsável pela implementação das políticas públicas (VALLE, 2009, p. 62), age com uma diminuição de elementos volitivos (a própria vontade do Administrador), mas com uma nova discricionariedade, correspondendo esta a um dever de realizar a interpretação jurídica de suas atividades políticas, conforme os princípios constitucionais e pautada, sempre, no princípio da dignidade da pessoa humana – valor fundamental do próprio Ordenamento Jurídico.

366

Em se tratando do elemento volitivo, desde a superação paradigmática moderna, este foi alterado (ao menos formalmente) da vontade do governante para a vontade pública. Em uma democracia, não se espera que a Administração Pública realize a vontade do próprio governante (o que ocorria em uma era absolutista), mas que tal vontade seja fruto de uma construção social, representando a própria vontade pública exposta na constituição (HABERMAS, 1997, p. 166).

Conceito relativo à vontade pública é o de interesse público sendo este informativo ao “que se tem em vista proteger [...], o direito público, normas de interesse público” (DI PIETRO, 2006, p. 82), vinculando toda a Administração e mesmo o Legislador a pensar de modo coletivo, na decisão que melhor atenda a toda a coletividade atendendo ao “bem-estar coletivo”, declarando a “supremacia do interesse público sobre o individual” como máxima da Administração Pública. O vocábulo “interesse” diz respeito à uma “relação entre dois entes” ou “entre um sujeito e um objeto”. Forma-se da captação de um aspecto da realidade e a identificação da necessidade do sujeito, complementando a identificação de um objeto apto a satisfazer aquela necessidade (RODRIGUES, 2013, p. 45).



O interesse público seria, portanto, resultante do conjunto de interesses que os indivíduos possuem em uma sociedade, formando o interesse da coletividade onde estão inseridos (MELLO, 2007, p. 57-59).

Primeira crítica que se faz a este postulado, em razão da temática apresentada, é a consequente diminuição extrema do interesse do particular, reduzindo apenas ao interesse patrimonial realizado nas contratações privadas e excluindo os interesses privados essenciais, ligados à própria condição de vida concreta. Pensando apenas naquelas situações em que ocorrem relações com finalidade patrimonial entre os sujeitos privados, justo e aplicável a máxima da supremacia do interesse público sobre o privado, visto que se a negociação ferir de algum modo interesses sociais, não poderia o interesse privado ser preponderante.

A própria ideia de autonomia privada – produto da releitura moderna da autonomia da vontade – já limita o interesse privado a condições constitucionais, não podendo o particular realizar negociação que venha a ferir os princípios constitucionais (NORONHA, 1994, p. 23) – entre outros, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva, a função social e aqueles relativos aos direitos fundamentais. Tal limitação pode ser extraída da dimensão comunicativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em razão da alteridade esperada para a concretização do valor ontológico de todos os sujeitos concretamente considerados.

367

A segunda crítica, que acaba exemplificando e respondendo a primeira, é exposta no “frequente problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais” Os direitos fundamentais são direitos que constituem elementos basilares do próprio sistema jurídico e do próprio Estado, manifestam interesses públicos e privados, possuindo função social e funcionalizando a própria democracia (ABBOUD, 2014, p. 201). Estando os direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, inerente deve ser a observância dos interesses da pessoa em concreto na realização da atividade da Administração Pública.

A construção dos direitos fundamentais respeita toda uma historicidade que culmina não só nos interesses daquele que lhe figuram como sujeitos destes direitos, mas de um interesse da própria sociedade que formou o arcabouço jurídico fundamental e o dispôs com *status* constitucional. Portanto, a imposição, em nome de uma supremacia do interesse público, de limitação ao exercício ou acesso pelos particulares aos seus direitos fundamentais demonstra um paradoxo, por desprezar o próprio interesse público que formulou a fundamentalidade da Constituição Federal (ABBOUD, 2014, p. 203).



Todos os direitos fundamentais em suas diversas dimensões são pautados no princípio da dignidade da pessoa humana e diante deste são interpretados (SARLET, 2015, p. 95-104). O interesse público legítimo consta em seu conteúdo – seja na dimensão comunicativa como na dimensão dualista da dignidade da pessoa humana, ou seja, em seus substratos materiais de liberdade, igualdade e solidariedade, além, claro, dos próprios direitos da personalidade representados nos aspectos psicofísicos – pois é interesse da sociedade a qualificação digna da vida de seus sujeitos individualmente e coletivamente considerados (DWORKIN, 2003, p. 295).

Deste modo, a vontade maior a ser observada é aquela disposta na norma maior de um Ordenamento Jurídico, não somente em razão de hierarquia, pois isso poderia levar a afirmações e interpretações com consequências absurdas como já ocorreu no *Reich* Alemão, mas principalmente por estar na Constituição Federal a disposição dos princípios de proteção humana, de equilíbrio das forças do Estado, de alvos políticos e jurídicos. É a releitura do princípio da legalidade em favor do princípio da constitucionalidade (ABBOUD, 2014, p. 189-199) trazendo como resposta a “primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público” (ABBOUD, 2014, p. 202), que Dworkin (2002, p. 294) afirma tratar de “premissa fundamental para a concretização do Estado Constitucional”.

O interesse público consiste em um entendimento da tradição doutrinária-jurisprudencial brasileira como sendo aquilo que o Administrador Público diz que é, não havendo maiores condições de verificar seu conteúdo ou metodologia para desvendar suas dimensões. Abboud (2014, p. 204), em crítica contra o exposto por Di Pietro (2006, p. 82) ao apontar que o interesse público seria a razão que deu legitimidade ao Estado realizar prestação de direitos fundamentais – o que aparenta ser tratado como substrato material para a existência de direitos fundamentais no disposto da administrativista – afirma que o interesse público não é direito fundamental, não podendo, portanto, ser objeto de ponderação com outros direitos fundamentais.

Diz ser um “enunciado performático dentro dos quais cabe qualquer coisa” de acordo com a vontade da Administração Pública, revelando que tal entendimento tende a gerar uma discricionariedade ao administrador que não cabe em um Estado Constitucional, exemplificada na alegoria do “Estado agir como Midas, transformando em interesse público tudo o que ele toca” (DI PIETRO, 2006, p. 82).



Parece acertada a crítica exposta diante da proposição, visto que ao colocar como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, a tutela dos interesses do próximo estaria existente na alteridade inerente à dimensão comunicativa e ao substrato da solidariedade. O interesse público não é construído com intenção de valorização da pessoa humana nem de limitação do poder estatal - como características históricas dos direitos humanos e fundamentais –, não podendo ser tratado como se direito fundamental fosse.

O conflito entre interesse público e a efetivação de direitos fundamentais, ainda que tratados em concreto para um sujeito individual utilizando de seu direito subjetivo fundamental, não pode concluir-se na limitação ou afastamento dos direitos fundamentais, ainda que em razão de privilegiar a coletividade, a maioria da sociedade ou o próprio governo, pois tal fato proporcionaria um argumento utilitarista, o que, por definição, é contrário ao reconhecimento do valor intrínseco humano (DWORKIN, 2003, p. 296-298).

O pensamento vinculado à existência de um poder discricionário dado ao Administrador para estabelecer o que seria o interesse público, utilizando tal interesse público para justificar o afastamento (ou o não cumprimento) de um direito fundamental para um sujeito concreto, mesmo que sob o argumento de ser o melhor para o bem estar social ou para a coletividade estaria afastando o valor intrínseco da pessoa humana, submetendo-a a condição indigna, retira dos direitos fundamentais duas de suas funções “(i) oponibilidade contra o poder público; e (ii) proteção do cidadão contra formação de eventuais maiorias, ou da atuação do governo, supostamente embasada na vontade da maioria” (ABBOUD, 2014, p. 205).

No tocante à função do Administrador Público na formulação de políticas públicas, por esta ótica da primazia do interesse constitucional e concretização dos direitos fundamentais, uma releitura deve ser promovida. Ainda que as políticas públicas (*policies*) tenham aspecto dual, pertencentes ao sistema político e ao sistema jurídico, em um Estado Constitucional a própria política deve ser judicializada (COMPARATO, 2002, p. 54), respeitando os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Mesmo que os atos administrativos sejam regulamentados pelo Direito Administrativo, estes necessitam estar de acordo, de mesmo modo, com os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais, em razão da ampliação do princípio da legalidade (constitucionalismo) (FREITAS, 2010, p. 221-222).

Como o valor-fonte do Ordenamento Jurídico e fundamento dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana (que no Brasil obtém positividade constitucional - Art.1, III, CF – e assume função de princípio constitucional fundamental (SARMENTO, 2016, p. 210-



211)-, sendo esta orientadora à repersonalização do Direito e sua releitura conforme a Constituição Federal, a conclusão lógica para o silogismo é de que as políticas públicas devem ser realizadas de modo a atender as pessoas concretamente consideradas, fundamentadas nos princípios constitucionais e na primazia dos direitos fundamentais, restringindo a discricionariedade do Administrador à obediência principiológica.

Em se tratando da política-norma, o Legislador, sob este constitucionalismo repersonalizador, estaria limitado em sua atividade legislativa aos direitos fundamentais, impossibilitando a criação de normas de política pública que desatendesse os campos fundamentalmente tutelados.

Não há muita novidade neste aspecto visto que o procedimento legislativo passa pelo filtro constitucional e a lei criada em desconformidade com a Constituição sofre sua declaração de inconstitucionalidade pelos controles difuso e concentrado (SILVA, 2005, p. 557). Importante salientar a aplicabilidade do pensamento dworkiniano na elaboração de leis em razão de clamor público ou por vontade de maioria (DWORKIN, 2003, p. 294-297), pois, em razão da historicidade envolvida, a própria sociedade ressalvou como invioláveis os direitos fundamentais, portanto, ainda que a matéria legislativa venha a agradar o clamor público, se estiver em desconformidade com os direitos fundamentais não poderá vir a tornar-se lei.

370

A relevância da temática nas políticas-plano importa uma vinculação da parcela da discricionariedade daqueles agentes que, representando o Estado, delimitam quais os temas que assumirão posição na agenda de políticas públicas. Sob um aspecto negativo, não poderiam os agentes públicos elencarem temas para as agendas que fossem em desacordo com o sistema constitucional, que viessem a ferir direitos fundamentais.

De mesmo modo, não poderiam retirar políticas públicas já existentes sem que houvesse alguma substituição adequada por outra política de atendimento àquele que padece de equiparação, que versem sobre direitos fundamentais. Estaria fora da esfera discricionária da Administração Pública a supressão de direitos fundamentais por retirada de políticas públicas, ainda que tal supressão fosse justificada por interesse público.

Sob o aspecto positivo do limite imposto pela supremacia dos direitos fundamentais, a discricionariedade do agente político na formação de agenda seria limitada ao não preterimento de uma política pública de temática de direitos fundamentais em razão de outra que trate de outros interesses políticos.



Ao Administrador Público é permitido, em razão de sua função estatal, o arrolamento de temas diversos no campo de agendamento, porém, aqueles que versem sobre direitos fundamentais devem ser prioritários. Ainda ocorre limitação da discricionariedade administrativa na fase de “tomada de decisões”, para que não haja distribuição do orçamento público em prol de outra política pública preterindo o atendimento de interesses ligados aos direitos fundamentais.

A argumentação expõe-se na diminuição da discricionariedade administrativa para escolher destinação de orçamento em razão da supremacia dos direitos fundamentais. A discricionariedade administrativa é aplicável apenas na distribuição de orçamento e a reserva do possível entre políticas públicas que tratem de operacionalizar direitos fundamentais, visto a possibilidade de ponderação neste caso.

Na política-atividade, por sua vez, a limitação da discricionariedade administrativa em razão de sua vinculação à supremacia dos direitos fundamentais estaria consubstanciada na realização da manutenção da implementação da política com finalidade de atendimento dos direitos fundamentais. O poder público assume a responsabilidade de atender aos direitos fundamentais sociais (prestacionais) (SARLET, 2011, p. 48-50), não podendo se esquivar de tal incumbência constitucionalmente estabelecida.

371

Este atendimento é inerente à própria figura e função do Estado em um sistema constitucional de direitos fundamentais (NOVAIS, 2010, p. 13-14).

Sendo assim, um jogo de elementos que atuam na formação de políticas públicas resta apresentados, todos estes necessários para a conclusão simples alcançada – as políticas públicas devem ser para as pessoas concretamente consideradas.

O que é avaliado culturalmente pela doutrina administrativista é a figura do Administrador Público que, pensando no bem-estar da coletividade, invoca o interesse público para agir discricionariamente conforme a lei lhe permite, afastando o interesse pessoal de sujeitos individualmente considerados.

Esta é a lógica que vem sido reiteradamente aplicada nas políticas públicas – por estas serem ligadas diretamente às atribuições do Administrador – onde em nome do interesse público discricionariamente atribuído, o governante retira e estabelece políticas públicas somente em conformidade à interesses políticos.

Cabe lembrar que o papel do Estado, executado por seu Administrador, não deve ser tratado como realizador de benevolências à sociedade, não sendo o direito fundamental “mero



benefício ao bem-estar da população” (BRITO; LEÃO JÚNIOR, 2010, p. 7670), mas sim conquista de reconhecimento de valores inerentes da humanidade.

A readequação das frentes jurídicas didaticamente autônomas conforme a disposição dos princípios constitucionais revela que a cultura do direito administrativo necessita de uma releitura. A discricionariedade administrativa é diminuta sobre um princípio da legalidade constitucionalizante, pois a técnica legislativa de princípios com conteúdos amplos, acaba diminuindo o elemento volitivo administrativo, tornando o Administrador, quando tratado de direitos fundamentais, sempre vinculado.

O interesse público não goza de características próprias dos direitos fundamentais (não é oponível ao Estado, pois é por ele mesmo definido, não é conquista histórica da sociedade), não podendo ser analogamente considerado como tal.

Atribuir a supremacia do interesse público como justificador dos atos da administração na elaboração e condução das políticas públicas é restringir a abrangência dos direitos fundamentais, causando-lhe retrocesso.

Verdadeiramente, a sociedade estabeleceu em sua Constituição os direitos fundamentais como núcleo mínimo e imutável (Art. 60, §4o, CF), oponível ao Estado e aos particulares, com características históricas que os tornam limite de toda a atividade Estatal (Executiva, Legislativa, Judiciária), devendo estes possuir supremacia. Existem para impor limite ao Estado, não podendo ser limitados por este. Possuem base axiológica na dignidade da pessoa humana, positivada como princípio constitucional, que tem em seu bojo conceitual a necessidade de considerar a todos como sujeitos concretos, com suas próprias individualidades, sujeitos de direitos públicos subjetivos, com valor intrínseco (ontológico) e com obrigação ética de respeito ao próximo (alteridade).

É a própria Constituição, sendo esta a vontade social, que estabelece o interesse da sociedade, não o Administrador, portanto, toda a técnica política envolvida nas políticas públicas deve responder ao filtro constitucional, assim como toda a atividade administrativa no ciclo de políticas públicas deve se pautar na pessoa concretamente considerada e em seu desenvolvimento como sujeito de direitos fundamentais e não no interesse público discricionariamente atribuído.



4 CONCLUSÃO

Como apresentado no presente trabalho, os direitos fundamentais sociais, reconhecidos como aqueles cuja responsabilidade de implementação é titularizada pelo Estado, invariavelmente, passam por um planejamento de implementação, denominado de políticas públicas.

A partir do reconhecimento enquanto plano da administração, é repassado ao agente administrativo, coordenado pelo administrador público, para ser implementado e, de fato, entregue como bem jurídico à sociedade.

Opera-se que o administrador público, possui dois argumentos que, desde antes a promulgação da Constituição Federal de 1988, são utilizados e que, no contexto jurídico atual, devem ser repersonalizados, ou seja, realinhados para garantir a dignidade da pessoa humana. São as muletas argumentativas: a discricionariedade administrativa e o princípio da supremacia do interesse público.

Vislumbra-se que a discricionariedade do administrador público não pode ser identificada como arbitrariedade, pois possui limites e necessidade de fundamentação em lei. Quando o administrador público deixa de implementar escolha que atenderia o plano constitucional, de alguma forma, age arbitrariamente, pois as metas de direitos fundamentais não estão sob esfera discricionária, é vinculativo que o administrador os faça efetivos pelas políticas públicas.

Quando se encontra o argumento fundamentador de decisões ~supremacia do interesse público, há de ser analisado se o interesse considerado é aquele apostado no texto constitucional ou não passa de bajulação a uma base política eleitoreira, quiçá a própria vontade do sujeito que está ocupando a função de administrador, uma vez que nessas hipóteses, ocorre a utilização de argumento de autoridade, como a própria nomenclatura de supremacia traz, para validar o interesse diverso daquele planejado no pacto estatal da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



-
- DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EASTON, David. **Uma Teoria de Análise Política**. São Paulo: Zahar, 1968.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.
- MADALENA, Luiz Henrique. **Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica**. Salvador: Jvspodivm, 2016.
- MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica. 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

