

Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração

Public Policy, Impact Assessment and the Fundamental Right to Good Administration

Juarez Freitas

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS, Brasil
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS, Brasil

Resumo: O direito fundamental à boa administração pública tem o condão de reorientar a liberdade de escolha administrativa e de determinar a observância mandatória de prioridades constitucionais. Nessa medida, as políticas públicas precisam ser escrutinadas como autênticas políticas constitucionalizadas, desde que seja adotada uma nova e que seja ampliada a avaliação de impactos que contemple custos e benefícios diretos e indiretos (externalidades).

Palavras-chave: Políticas Públicas. Avaliação de Impacto. Direito fundamental à boa Administração.

Abstract: The fundamental right to good public administration guides the freedom of administrative choice and determines the mandatory compliance with certain constitutional priorities. Therefore, public policies need to be scrutinized as constitutionalised policies adopted new impact assessment which takes into account the direct and indirect costs and benefits.

Keywords: Public Policy. Impact Assessment. Fundamental Right to good Administration.

Recebido em: 03/03/2015

Revisado em: 28/04/2015

Aprovado em: 12/05/2015

1 Introdução

O Estado-Administração brasileiro tem que reelaborar a sua agenda de prioridades, por meio de avaliação qualitativa e quantitativa (“ex ante” e sucessiva) do impacto das políticas públicas, com o desiderato de que os benefícios sociais, ambientais e econômicos ultrapassem os custos diretos e indiretos, aí abrangidas as externalidades.

Urge, nesse registro, libertar a avaliação do preconceito de que as políticas públicas seriam essencialmente programas de governo, implementáveis sem o estudo científico acerca de antecipáveis efeitos diretos e oblíquos (sociais, ambientais e econômicos). É tempo, pois, de adotar modelo estendido (RENDA, 2006, p. 54) de avaliação dos impactos (AUBY; PERROUD, 2013), balanceando critérios e comparando custos e benefícios (de agir ou de não agir), na perspectiva de uma motivação racional (consistente e congruente) das escolhas efetuadas, ao oposto dos que apostam no domínio irremediável do irracionalismo político.

Tudo isso em sintonia com o enfrentamento, preventivo de preferência, dos danos causados pela falta de prioridade na alocação dos recursos escassos. No limite, de acordo com as premissas assumidas, não remanesce espaço jurídico para uma discricionariedade desmesurada, emotiva, aut centrada e omissiva.

Dito de outro modo, na tomada da decisão administrativa, o agente público “*lato sensu*” tem que se guiar, antes de tudo, por estimativas sistemáticas de fato e de direito, seja no período da enunciação (cuja motivação não se compagina com circularidades vazias e inconsistências temporais), seja no momento da implementação de políticas públicas.

Como nunca, a legitimidade (conformidade com a tábua axiológica da Constituição) reivindica o hábil e tempestivo cumprimento de obrigações enfeixadas no direito fundamental à boa administração pública ^{1/2}. Pressupõe a construção de ambiente institucional amigável para parceiros público-privados, a redução dos entraves típicos do burocratismo solip-

¹ Para cotejo, ver Wakefield (2007).

² Para ilustrar, ver Groussot Pech (2010).

sista, a sinergia entre as políticas públicas e metas pactuadas. Pressupõe-se, por derradeiro, o enraizamento da boa governança, combinada com razoável (CRAIG, 2013) escrutínio (retrospectivo³ e prospectivo) das políticas constitucionalizadas, como as relativas à saúde (CF, art. 196) e à educação de qualidade (CF, art. 206, VII).

Nessa linha, impõe-se dar fim ao perverso ciclo da discricionariedade solta e quase imune ao controle, fonte inegável de corrupção sistêmica⁴. Trata-se de introduzir perquirição menos ingênua sobre as políticas públicas com olhos fitos nas garantias inerentes à boa administração, com antecipação obrigatória de possíveis efeitos nefastos das medidas administrativas, ou da falta delas.

O que se postula é uma Administração Pública sistêmica, com revigorada epistemologia e submetida à avaliação contínua de seus impactos. Entende-se, para os efeitos desse artigo, a avaliação de impactos das políticas públicas como estimativa dos efeitos diretos e colaterais das providências de regulação, formulação ou implementação de políticas públicas.

A ser acolhida essa ferramenta, nesses termos, uma vez configurada real antinomia entre o direito à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, não restará dúvida de que preponderará o primeiro, com o bloqueio excepcional de verbas públicas,⁵ haja vista a nitidez sobre onde se encontra o risco maior. Em casos desse jaez, como que se eclipsam determinadas regras em prol da decisão baseada racionalmente em evidências.

Em síntese, afirma-se, com todas as letras, que cabe ao direito fundamental à boa administração o papel de norte das escolhas administrativas, com observância mandatária das prioridades constitucionais, escrutináveis nos seus efeitos diretos e colaterais.

³ Sobre análise retrospectiva, ver Sunstein (2013).

⁴ Sobre discricionariedade, accountability e corrupção, ver Klitgaard (1988).

⁵ STJ, REsp 840.782-RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki.

2 O Direito Fundamental à boa Administração e a Reconceitualização de Políticas Públicas

O Estado Constitucional, na sua gradativa afirmação (nem sempre linear) dos elementos da cidadania⁶ possui, não sem graves riscos de captura, precípuas funções de fomentar, induzir, regular e prover consoantes prioridades mandatórias.

Em outras palavras, não se admitem os atos administrativos de soberania ou exclusivamente políticos, no presente estágio de constitucionalização do Direito Administrativo. Como consequência, intensifica-se (sem absolutização) o controle qualitativo: a discricionariedade (inclusive a regulatória e a de planificação); passa a ser vista como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, soluções embasadas em razões robustas (fáticas e jurídicas), com estimativa segura do atendimento de requisitos formais e substanciais do direito fundamental à boa administração.

Nesse prisma, a discricionariedade tanto pode ser cognitiva (residente no plano das condições de incidência – *Tatbestand*, na abertura à determinação de “noções jurídicas indeterminadas”) como pode ser a faculdade conferida ao intérprete-administrador para a escolha sensata entre opções lícitas (MAURER, 1985). Cá e lá, no entanto, o sistema constitucional (mais do que a lei)⁷ requer motivação que transcende a avaliação míope da política tradicional. (ADLER; POSNER, 1999)

Numa frase, o direito à boa administração vincula racionalmente o gestor público e o força a medir consequências sistêmicas de suas opções, pois terá de justificá-las coerentemente, sobretudo em seu custo-efetividade⁸. Examinado mais de perto, o direito fundamental é autêntico comple-

⁶ Sobre os elementos da cidadania, ver Marshall (1950). Para contraste, ver Tavolaro e Tavolaro (2010).

⁷ Sobre a vinculação do administrador à Constituição, mais que à lei, ver Barroso (2005).

⁸ Ver Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence, OECD Reviews of Regulatory Reform (2009, p. 75: “Cost-effectiveness analysis involves comparing a range of policy options in terms of the respective costs of achieving a given outcome (or benefits)”.

xo de direitos, regras e princípios, encartados numa verdadeira síntese,⁹ que serve de antídoto contra o arbítrio (por ação ou por omissão). Com efeito, no conceito proposto, abrigam-se, entre outras, as seguintes garantias de boa decisão (normativa¹⁰ ou concreta), de acordo com Martelli e Rangone (2011):

- a) A garantia de administração transparente, que implica coibir a opacidade (salvo naquelas hipóteses em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim nunca definitivamente), assegurando o pronto acesso a informações¹¹ inteligíveis sobre a execução orçamentária¹² e, em geral, sobre o processo de tomada das decisões que afetarem direitos¹³.
- b) A garantia de administração sustentável, que pressupõe a comprovada preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de molde a propiciar o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar¹⁴.
- c) A garantia de administração dialógica, com o colaborativo respeito ao contraditório e ao justo processo (não necessariamente adversarial)¹⁵, proibidas atuações protelatórias¹⁶ e medidas sem o oferecimento de tempo útil para a manifestação do afetado.
- d) A garantia de administração imparcial e, o mais possível, desenhada (JOLLS; SUNSTEIN, 2006), isto é, capaz de purificar

⁹ A propósito do art. 41 da Carta de Nice, ver, por exemplo, Galetta (2005).

¹⁰ Sobre análise de impacto dos atos administrativos normativos, Decreto n. 4.176, de 2002, Anexo 1.

¹¹ Lei n. 12.527/2011.

¹² Lei Complementar n.101/2000, art. 48.

¹³ Lei n. 9.784/99, art. 3º.

¹⁴ Sobre a transformação do Direito Administrativo a partir da incidência do princípio da sustentabilidade, ver Freitas (2012).

¹⁵ Sobre vantagens e insuficiências do modelo adversarial, ver Kagan (2001).

¹⁶ Sobre motivação, ver Lei n. 9.784/99, art. 50; sobre desistência de recursos protelatórios, ver Lei n. 12.844/2013, art. 21 e Lei n. 10.522/2002, art. 19; e, ainda, Portaria n. 380/ago./2014.

os naturais desvios cognitivos e, ao mesmo tempo, disposta a promover discriminações inversas ou positivas e a proteger vulneráveis¹⁷.

- e) A garantia de administração proba, que acarreta a vedação de condutas éticas não universalizáveis, sem incorrer na confusão entre o legal e o moral, dado que as esferas se interpenetram, mas são distintas.
- f) A garantia de administração da legalidade temperada, que não se curva, de modo subserviente, às hiperinflacionadas regras, pois a normatividade jurídico-administrativa só se ultima a partir da ponderada aplicação empírica dos textos legais.
- g) A garantia de administração preventiva, precavida e eficaz (não apenas eficiente), alinhada com o monitoramento confiável da qualidade das regras.

Tais garantias não excluem outras¹⁸, pois é “standard mínimo”¹⁹. Acresce que precisam ser tuteladas em bloco. Quer dizer, as escolhas públicas serão legítimas se resultarem (a) sistematicamente eficazes²⁰; (b) sustentáveis; (c) motivadas; (d) proporcionais²¹; (e) transparentes; (f) razoavelmente desviesadas; (g) incentivadoras de participação social, (h) da moralidade pública; e (i) da devida responsabilização por ações e omissões.

Uma vez ausentes os bons motivos para exercer a liberdade, o agente público resta vinculado aos motivos opostos. De sorte que não se

¹⁷ Ver Decreto n. 7.693, de 2013, art. 6º, I, que trata da instituição de avaliação de impacto regulatório sob a perspectiva dos direitos do consumidor.

¹⁸ Ver, ainda, sobre o art. 41 da Carta de Nice, Klanska (2004).

¹⁹ Ver sobre o uso da expressão em contexto assemelhado, Hilf (2000, Heft 49).

²⁰ A Constituição, ao lado de consagrar o princípio da eficiência (art. 37), não exclui o princípio da eficácia. Ao contrário. O referido princípio consta expressamente no art. 74 da CF.

²¹ Ainda que o Poder Judiciário não aprecie diretamente o mérito, verifica, sim, se foram violados, ou não, princípios como o da proporcionalidade, inclusive no tocante à compatibilidade entre cargos em comissão e cargos efetivos. Ver, para ilustrar, o julgamento do STF no AgR RE 365.368-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

aceita decisão administrativa de motivação insindicável, já nos seus efeitos diretos, já nos previsíveis resultados colaterais.

A justificativa há de indicar os fundamentos plausíveis para a escolha, não bastando uma mera alusão a dispositivos legais ou metáforas. Quer dizer, a avaliação²² do cumprimento de prioridades vinculantes exerce, em tons alargados, o papel de “administrador negativo” e, no limite, induz o de concretizador sistemático dos motivos subjacentes. É que o controle de vício ou “demérito” pode-deve alcançar até a incoerência da fundamentação. No entanto, a sindicabilidade não pode ser tardia (CARRIGAN; SHAPIRO, 2014), nem esposar preferência anômala pelo presente (LOEWEINSTEIN; THALER, 1989). De fato, revela-se irremissível deixar de exigir uma compatibilização integrativa do desenvolvimento econômico, do bem-estar social e do equilíbrio ecológico. Não se admite uma discricionariedade administrativa distraída dos objetivos cruciais, no horizonte de curto e de longo prazo: equidade inclusiva, combate às falhas de mercado e universalização contínua da sustentabilidade.

Consoante esse prisma, eis os principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa: (a) o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação) – hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária, quando o agente público opta por solução sem lastro ou amparo em base válida. Ou quando a atuação administrativa se encontra, por algum motivo, destinada (desvio de prioridades constitucionais e/ou legais, por preferências corrompidas ou simplesmente mal concebidas); (b) o vício da discricionariedade omissiva (arbitrariedade por omissão) – hipótese em que o agente público deixa de exercer a escolha esperada pelo sistema ou a exerce com inoperância, faltando com os deveres de prevenção e precaução. Nessa modalidade igualmente patológica, as omissões costumam ser prestacionais, regulatórias²³, de polícia administrativa “*stricto sensu*”, de fomento ou, ainda, do próprio controle, todas aptas a causar danos certos, especiais e anormais.

²² Ver, para cotejo, o conceito de Radaelli e Francesco (2010, p. 279): “[...] a systematic and mandatory appraisal of how proposed primary and/or secondary legislation will affect certain categories of stakeholders, economic sectors, and the environment”.

²³ Ver, a propósito de Análise de Impacto Regulatório, Resolução Normativa n. 540/2013, da Aneel, art. 4º, 5º e 7º.

Logo, são requisitos de juridicidade²⁴ das decisões administrativas (mais do que de vigência e validade): (a) a prática por sujeito capaz e investido de competência (PIRES, 2009) (irrenunciável, salvo nas hipóteses de avocação e delegação); (b) a estimativa de impactos das políticas públicas, tendo em vista a obtenção de melhores resultados contextuais, mediante prudente articulação entre equidade e eficiência; (c) a observância de formalidades e procedimentos mínimos, sem sucumbir aos formalismos teratológicos alienantes; (d) a condigna justificação imparcial das premissas do silogismo dialético decisório, com indicação didática dos motivos (fáticos e jurídicos) e (e) objeto determinável, possível e lícito em sentido amplo.

À luz desses requisitos, reconfigura-se, por inteiro, o controle das decisões administrativas, em conexão com os direitos fundamentais de todas as dimensões e com a natureza vinculante das políticas constitucionalizadas: a liberdade do administrador público passa a ter de cristalizar conteúdo aceitável, em sintonia com prioridades cogentes. (FREITAS, 2013)

Ou seja, reduz-se a margem de escolha de consequências (diretas e indiretas), conferida ao sujeito competente (ao lado da descrição cognitiva para fixar o conteúdo de conceitos indeterminados). Não se coaduna com decisionismos subalternos, que redundam em obras inúteis e superfaturadas, desregulações temerárias, ilusionismos contábeis, dispensas licitatórias inapropriadas e subsídios divorciados das finalidades republicanas.

Dito de outro modo, o segredo é bem priorizar. Exige-se, com efeito, a escolha administrativa sistematicamente orientada, com o selo da discricionariedade legítima, derivada da justa apreciação intertemporal que inclui argumentação com base em evidências – econômicas e não econômicas – (BREYER; STEWART; SUNSTEIN, 2011), para a diferença do cogitado pela abordagem utilitarista clássica. Talvez o maior desafio seja justamente o de perceber como aprovada a decisão administrativa que, a par de resguardar regras formais (atribuidoras da liberdade de escolha), souber guardar conformidade substancial com a teleologia do sistema inteiro (nos limites dos poderes atribuídos).

²⁴ Ver sobre o tema da juridicidade em Otero (2003).

Daí o ponto de inflexão: na seara das políticas públicas, deixa de fazer sentido reputar indiferente, por exemplo, a escolha entre uma intervenção urbana voltada para o transporte individual ou para o transporte coletivo: determina a racionalidade sistemática, em qualquer avaliação idônea, a prioridade inequívoca do transporte coletivo. Tampouco se reputa indiferente contratar pelo míope menor preço, em vez de prestar atenção aos custos futuros²⁵. Nesses casos emblemáticos, não se aceitam condutas administrativas candidamente mesmerizadas pelo inconsequencialismo avesso ao estudo de impactos sistêmicos. Isto é, não se aceitam as condutas típicas do personalismo extrativista nem as que se escudam em atos completamente vinculados e autômatos (de mera obediência irreflexiva).

Com tais pressupostos em mente, redesenha-se, em promissoras tintas, o escrutínio das escolhas públicas, na senda de checar (apesar das zonas de incerteza) o adimplemento dos deveres de enunciação e implementação das políticas prioritárias do Estado Constitucional, expungindo, com rigor, crônicas arbitrariedades por ação e por omissão.

Se o raciocínio estiver correto, calha reformular igualmente o conceito de políticas públicas, de maneira a fazer com que o Estado-Administração, em vez de fingir desfrutar completa liberdade para fazer ou não fazer, passe a observar, com diligência e seriedade, as pautas constitucionais de ofício. Assim, as políticas públicas são reconceituadas como programas que o Estado, nas relações administrativas, precisa enunciar e implementar de acordo com as prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva. Vale dizer: as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir prioridades vinculantes da Carta, de

²⁵ Ver art. 4º, III, da Lei de RDC (Lei n. 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”. Ver Resolução n. 976, do TCE/RS, que fixa critérios de sustentabilidade para suas próprias licitações.

ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras²⁶.

Naturalmente, a noção refinada de políticas públicas não se coaduna com o exame perfunctório, arcaico, opaco, imediatista e satisfeito com informações incompletas, notadamente ao tratar dos atos discricionários que envolvem meios e metas. Com efeito, nada colabora serem vistas as políticas públicas como meros programas governamentais, não de Estado. Trata-se de noção deficitária. Em primeiro lugar, peca ao tratar as políticas públicas como se não fossem implementáveis pelo Estado-Legislador e pelo Estado-Juiz (no exercício da tutela específica), entre outros atores políticos. Em segundo lugar, equivoca-se ao tratar as políticas públicas como se tomassem assento no reino da discricionariedade imperial, no qual cada governante estaria à vontade para formular, “*ad hoc*”, o rol de suas prioridades, não raro, distópicas.

Na realidade, as políticas públicas (MORAN; REIN; GOODIN, 2006) não são programas episódicos de governo. Políticas públicas são (i) programas de Estado Constitucional, (ii) enunciados e implementados por vários atores políticos e (iii) prioridades constitucionais cogentes. Em outros termos, são programas explicitados e implementados sob o influxo da vinculação obrigatória com as prioridades estatuídas diretamente pela Carta, cuja normatividade cumpre ao administrador, com eficiência e eficácia, positivar.

Do exposto, emerge a premência do monitoramento marcadamente sistêmico das decisões administrativas, ora para impedir a “tragédia dos comuns”²⁷, ora para prestigiar indicadores fidedignos do desenvolvimento.

Com pertinência, Hans Julius Wolff e Otto Bachof (1974) 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. Na vida real, não se tocam em nenhuma hipótese: nem o sistema jurídico é autorregulável por inteiro – ainda

²⁶ Ver sobre as funções ambientais, sociais e econômicas, éticas e jurídico-políticas do Estado Contemporâneo em Freitas (2012).

²⁷ Ver sobre “tragédia dos comuns” em Ostrom (1990).

que completável – nem a discricção é absolutamente franqueada ao agente público. Aduza-se que ao controle de atos discricionários e vinculados não se pode aplicar uma lógica reducionista do “tudo-ou-nada”. Laboram em equívoco, portanto, os maximalistas, que pretendem tudo controlar, causando – às vezes, com a intenção funesta de vender facilidades – uma paralisia insana, com bilhões de horas destinadas ao trabalho improdutivo de saciar o burocratismo parasitário²⁸. No polo oposto, erram os minimalistas que preferem deixar tudo ao sabor de ventos conjunturais, ignorando as falhas estridentes de mercado.

A título de exemplo, a decisão de licitar é discricionária, contudo o edital será nulo se deixar de incorporar critérios defensáveis de sustentabilidade ambiental, social e econômica (CF, artigos 170, VI e 225)²⁹. Mais: toda e qualquer sucessão de atos administrativos tem de ser avaliada e sopesada (CRAIG, 2013) segundo parâmetros quantitativos e qualitativos (alheios à contraposição rígida entre abordagens positivistas e pós-positivistas)³⁰. Desse modo, no tocante à decisão de licitar, esta se mostra passível do mais amplo escrutínio, desde o início. De fato, cumpre perquirir, de saída, se a decisão de realizar o certame, em tempo e lugar, encontra-se consistentemente fundamentada, ou se merece pronta rejeição. Ato contínuo, força avaliar se o contrato resultante é a melhor opção, à vista do potencial de projetos alternativos. Como se observa, desde a tomada da decisão (quicá o momento mais vulnerável) até a execução do ajuste, a avaliação de impactos não pode ser entendida como simples faculdade. Na realidade, as decisões administrativas haverão de ser controladas ao longo do processo com o ânimo de aferir a qualidade sistêmica dos resultados das escolhas públicas (FREDERICK; LOEWENSTEIN; O'DONOGHUE, 2002)³¹. Com efeito, inequívoca a impropriedade de adquirir bens sem considerar os impactos sobre a saúde pública ou a eficiência energética. Induvidosa a erronia de táticas anacrônicas do congelamento de tarifas, desequilibrando contratos, em vez de reduzir gargalos

²⁸ Ver Sunstein (2013).

²⁹ Ver Lei n. 8.666/93, art. 3º.

³⁰ Ver na linha de conciliação entre tais abordagens, ver Howlett, Ramesh e Perl (2009).

³¹ Ver *Relatório do Desenvolvimento Humano* (2013), “A Ascensão do Sul: Progresso humano num mundo diversificado”. (PNUD, 2013. p. 68)

estruturais e de ampliar a produtividade. Indefensável o prédio funcionar sem vistoria periódica capaz de detectar, em tempo útil, irregularidades que podem ser fatais. É que, parafraseando dispositivo do Código Civil³², a liberdade administrativa só pode ser exercida “em razão e nos limites” das prioridades vinculantes.

Em reforço, cabe referir adicionais implicações das premissas adotadas, a saber: (a) os edifícios públicos devem, sempre que viável, operar como autênticas microusinas de energias renováveis, com distribuição da energia excedente³³; (b) a contratação para construir em área contaminada não pode ser tolerada, a menos que se proceda completa descontaminação prévia; (c) os projetos básicos e executivos, para contratação de obras e serviços de engenharia, devem contemplar opções comprovadamente redutoras dos custos de manutenção e operacionalização, não apenas de construção; (d) os veículos adquiridos pelo Poder Público precisam figurar entre os menos poluentes: a escolha tem de recair sobre aqueles que adotarem rigorosos padrões, no intuito de reduzir a poluição do ar que, nos grandes centros, assume proporções dramáticas³⁴; (e) A Administração Pública deve servir de modelo inspirador de consumo (SCHOLL; RUBIK; KALIMO, 2010), passível de aferição em auditorias operacionais³⁵, com atenção ao ciclo de vida dos bens e serviços e responsabilidade pós-consumo; e (f) a Lei de Resíduos Sólidos³⁶ estabelece a prioridade, nas aquisições e contratações administrativas, para produtos reciclados ou recicláveis e para bens, serviços e obras que correspondam a parâmetros de baixo carbono. Aqui, prioridade, sob pena de flagrante arbitrariedade³⁷,

³² Ver art. 421, do Código Civil, segundo o qual a liberdade será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³³ Ver Resolução Normativa n. 482, de 2012, da Aneel, sobre condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica.

³⁴ Comprovadamente, milhares de mortes acontecem, a cada ano, com nexos causais diretamente formado pela contaminação do ar.

³⁵ Ver, por exemplo, o Acórdão n. 1.752/2011, do TCU.

³⁶ Ver Lei n. 12.305, de 2010.

³⁷ Ver Edincott (2011, p. 7): “A decision is arbitrary (and therefore contrary to the rule of law), if it is one that other institutions can identify as not responding to the relevant considerations”.

não se harmoniza com a singela preferência: a política voltada à ecoeficiência (no sentido de obter mais com menos recursos naturais) é cogente.

Em todas as situações arroladas, o sopesamento inteligente e prévio dos impactos e custos diretos e indiretos converte-se no elemento-chave para identificar boas opções administrativas. Como resulta cristalino, refuta-se o decisionismo irracional (por ação ou por omissão).

Acertada, no ponto, a lição clássica: inexistente – como assinalava Georges Vedel (1973) – a pura discricionariedade, tampouco a pura vinculação. Contudo, hoje é preciso dizer mais: a escolha lícita ocorre no quadro de justificativas universalizáveis e intertemporalmente consistentes, em contraste com aquelas que miram na satisfação de necessidades secundárias. Decerto, a liberdade não se desfaz pela pretendida elevada dose de vinculação: legitima-se, ao abandonar o espaço fluido das vontades particularistas, pouco ou nada universalizáveis. Dito de outro modo, a Administração Pública não apenas pode (a rigor, inexistem atos administrativos meramente facultativos), mas está obrigada a realizar avaliações de impactos (sociais, econômicos e ambientais) antes de decidir, exorcizada a recorrente dominância dos atos políticos voluntaristas.

Portanto, considera-se insuficiente a proposição clássica de Jenkis, que concebia a política pública como simples conjunto de decisões tomadas por um ator político ou vários, concernente à seleção de objetivos e de meios necessários para realizá-los (JENKINS, 1978)³⁸. Peca, ao não atinar para a “*accountability*” que se impõe (PETERS, 2001) e por sua extrema imprecisão. De outro lado, a despeito de seus inegáveis méritos, o ciclo de políticas públicas, segundo a descrição dos estágios de Harold Lasswell (1971), fraqueja ao desconsiderar significativos fatores exógenos que influenciam, de variadas formas, a tomada da decisão administrativa. De fato, o controle das decisões administrativas tem que operar com noção refinada de políticas públicas, vistas como políticas constitucionais que exigem programas governamentais justificados intertemporalmente, em conjunto com outros atores políticos.

Nesse enfoque, enriquecido pela ferramenta de avaliação dos impactos, o controle interno, externo e jurisdicional cresce como indispen-

³⁸ Ver, sobre a definição de Jenkis, Howlet, Ramesh e Perl (2013, p. 8).

sável filtro qualitativo das escolhas públicas (FORESTER, 1989). Numa síntese: as prioridades constitucionais e os seus fundamentos³⁹ deixam, ao menos em tese, a condição habitual de promessas não cumpridas. Bem por isso, a crítica dos vieses (“biases”) (LITYAK; LEMMER, 2009) terá que ocupar o centro do controle tópico-sistemático (FREITAS, 2010) de qualidade das políticas públicas (tema para outro ensaio). Em suma, o direito fundamental à boa administração vincula, interna e externamente, o agente público para as prioridades cogentes da Lei Fundamental e força a inserção de novas ferramentas, sobretudo a avaliação estendida dos impactos das decisões administrativas.

3 Conclusão

Eis as principais sugestões de aperfeiçoamento do processo de avaliação das políticas públicas, à vista do direito fundamental à boa administração:

- a) O controle de políticas públicas, no modelo proposto, considera tais políticas como programas de Estado (mais do que de governo), sem excluir a pluralidade de atores envolvidos. Torna-se vital o controle de porquês e do “timing” das decisões administrativas.
- b) Nos atos administrativos discricionários, o agente público só pode emitir juízos de valor (escolhas no plano das consequências diretas e indiretas), no intuito (*juris tantum*) de imprimir eficiente e eficaz incremento das prioridades da Carta.
- c) A autoridade administrativa jamais desfruta de liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher), embora a sua atuação guarde, aqui e ali, menor subordinação à legalidade estrita do que na consumação de atos vinculados.
- d) Quanto mais se aprofunda e sofisticada a sindicabilidade, mais se desvela a importância de avaliação racional dos impactos sociais,

³⁹ Ver, sobre os fundamentos em termos comparados, Galligan e Versteeg (2013).

ambientais e econômicos das decisões administrativas como ferramenta indispensável do controle baseado em evidências.

- e) Em última instância, a agenda administrativa brasileira tem de levar a sério o planejamento e o estudo sistemático dos impactos (estimativa dos efeitos diretos e colaterais das providências de regulação, formulação ou implementação das políticas públicas), concebidas as políticas públicas como autênticos programas de Estado Constitucional que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos meios estatais e sociais, cumprir prioridades vinculantes, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

Referências

ADLER, Matthew; POSNER, Eric. Rethinking Cost-Benefit Analysis. **Yale Law Journal**, v. 109, p. 165-247, 1999.

AUBY, Jean-Bernard; PERROUD, Thomas Perroud (Ed.). **Regulatory impact assesment**. Sevilha: Global Law Press e INAP, 2013.

BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Administrative Law and Regulatory Policy**. 7. ed. NY: Wolters Kluwer, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005.

CARRIGAN, Christopher; SHAPIRO, Stuart. **What's Wrong with the Back of the Envelope?** Working Paper The George Washington University Regulatory Studies Center, out., 2014.

CRAIG, Paul. The nature of reasonableness review. **Current Legal Problems**, v. 66, n. 1, 2013.

EDINCOTT, Timothy. **Administrative Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

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**, v. 40, n. 2, p. 351-401, 2002.

FREITAS, Juarez Freitas. **A Interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GALETTA, Diana-Urania. Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione. **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, v. 3-4, p. 819-857, 2005.

GALLIGAN, Denis; VERSTEEG, Mila. (Ed.). **The Social and Political Foundations of Constitutions**. NY: Cambridge University Press, 2013.

GROUSSOT, Xavier; PECH, Laurent. **Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty**. USA: Foundation Robert Schuman/European, Issue 173, junho, 2010.

HILF, Meinhard. **Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union**. Sonderbeilage zu Neue Juristische Wochenschrift, 2000, Heft 49.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Studying Public Policy**. 3. ed. Oxford University Press, 2009. Cap. II.

JENKINS, William. **Policy Analysis**. Londres: Martin Robertson, 1978.

JENKIS, William *et al.* **Política Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. Debiasing through Law, **Journal of Legal Studies**, v. 35, p. 199-241, 2006.

- KAGAN, Robert. **Adversarial legalism: the american way of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- KLANSKA, Klara. Towards administrative human rights in the EU impact of the Charter of Fundamental Rights. **European Law Journal**, USA, 10, p. 296-326, 2004.
- KLITGAARD, Robert. **Controlling corruption**. Berkeley: University of California Press, 1988.
- LASSWELL, Harold. **A Pre-View of Policy Sciences**. NY: American Elsevier, 1971.
- LITVAK, Paul; LERNER, Jennifer. **Cognitive bias: The Oxford Companion to Emotion and the Affective Sciences**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- LOEWENSTEIN, George; THALER, Richard. Anomalies: Intertemporal Choice. **Journal of Economic Perspectives**, v. 3, p. 181-193, 1989.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and social class and other essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.
- MARTELLI, Mario; RANGONE, Nicoletta. **La qualità delle regole**. Bologna: Il Mulino, 2011.
- MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985.
- MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert (Ed.). **The Oxford Handbook of Public Policy**. Londres: Sage, 2006.
- OSTROM, Elinor. **Governing the commons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- PETERS, Guy. **The politics of bureaucracy**. 5. ed. London e NY: Routledge, 2001.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RADAELLI, Claudio; FRANCESCO, Fabrizio de. Regulatory Impact Assesment. *In*: BALDWIN, Robert; CAVEE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 279.

RENDA, Andrea. **Impact Assessment in the EU**. The State of Art and the Art of State. Bruxelas: Centre for European Policy Studies, 2006.

SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). Políticas Públicas. Brasília, DF: ENAP, 2006. *In*: SCHOOL, Gerd; RUBIK, Frieder; KALIMO, Harri. Policies to promote sustainable consumption: innovative approaches in Europe. **Natural Resources Fórum**, v. 34, p. 39-50, fevereiro de 2010.

SUNSTEIN, Cass. **Simpler**. NY: Simon & Shuster, 2013.

SUNSTEIN, Cass. **The Regulatory lookback**. Boston: Boston University Law Review Symposium on Political Dysfunction and the Constitution, 2013.

TAVOLARO, Sergio B. F.; TAVOLARO, Lilia G. M. A cidadania sob o signo do desvio: para uma crítica da tese de excepcionalidade brasileira. **Soc. Estado**, Brasília, DF, v. 25, n.2, 2010.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1973.

WAKEFIELD, Jill. **The Right to Good Administration**. USA: Kluwer Law International, 2007.

WOLFF, Hans Julius Wolff; BACHOF, Otto. **Verwaltungsrecht**. Munique: C. H. Beck'scheVerlag, 1974. v. I.

Juarez Freitas é Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Possui Pós-doutorado em Direito na Università degli Studi di Milano (2007); doutorado em Direito e mestrado em Filosofia. É Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público e do Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul. Foi Pesquisador Associado na Universidade

de Oxford e Visiting Schollar na Universidade de Columbia. Autor de várias obras, entre as quais “A Interpretação Sistemática do Direito”, “O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais” e “Sustentabilidade: Direito ao Futuro” (Medalha Pontes de Miranda, em 2011, pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas). Realiza pesquisas com ênfase nas áreas de Interpretação Constitucional e Direito Administrativo. É também Advogado, Consultor e Parecerista.

E-mail: juarezfreitas@uol.com.br

Endereço profissional: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Pós Graduação. - Av. Ipiranga, 6681 – Partenon. CEP: 90619-900 – Porto Alegre, RS – Brasil – Caixa-postal: 1429.

