



**DEVER PODER: LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA FRENTE A TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS
SOCIAIS**

**DUTY POWER - LIMITS OF ADMINITRATIVE DISCRETIONARY IN
FRONT OF EFFECTIVE PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS**

<i>Recebido em:</i>	29/04/2021
<i>Aprovado em:</i>	16/03/2022

Tatiana dos Santos Schuster¹

Caroline Müller Bitencourt²

RESUMO

O presente artigo tem por tema os limites da discricionariedade diante do dever-poder da administração pública em tutelar efetivamente os direitos sociais. Neste sentido, partindo-se da concepção da Administração Pública democrática e social, quais são as possibilidades e os limites do exercício da função discricionária com vista à concretização da tutela efetiva dos direitos sociais? A hipótese apresentada, é de que, sendo o exercício da função discricionária do dever-poder da Administração Pública democrática e social, visando a concretização dos direitos sociais, os limites em sentido estrito, se encontram nos princípios instrumentais da

¹ Mestranda no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES. Advogada. Endereço eletrônico: tatianass.advogada@gmail.com

² Estágio Pós Doutoral pela PUC Paraná. Doutora e Mestre em Direito. Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculada a Graduação e ao PPGD em Direito-Mestrado e Doutorado-UNISC. Advogada. Endereço eletrônico: carolinemb@unisc.br



razoabilidade e da proporcionalidade. Objetiva-se de um modo geral, esclarecer quais são os limites instrumentais aos quais a Administração Pública democrática se submete, quando exerce a discricionariedade com vistas à concretização dos direitos sociais fundamentais. O método de pesquisa é o dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica, com referências de diferentes autores. Assim, têm-se que, o dever-poder da Administração Pública, ao tratar de administração pública social, tem o compromisso dentro da lógica do direito administrativo social, que é o interesse público, de criar estruturas de tutela aos direitos fundamentais, dentro dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade.

Palavras-chave: Administração Pública. Discricionariedade. Dever-Poder. Direitos sociais. Tutela efetiva.

ABSTRACT

This article has as its theme the limits of discretion in the face of the public administration's duty to be able to effectively protect social rights. In this sense, starting from the conception of the democratic and social Public Administration, what are the possibilities and the limits of the exercise of the discretionary function with a view to achieving the effective protection of social rights? The hypothesis presented is that, being the discretionary function of the democratic and social Public Administration's duty-to-power, aiming at the realization of social rights, the limits in a strict sense are found in the instrumental principles of reasonableness and proportionality. The general objective is to clarify what are the instrumental limits to which the democratic Public Administration is submitted, when exercising discretion with a view to the realization of fundamental social rights. The research method is the deductive and the bibliographic research technique, with references from different authors..



Keywords: Public Administration. Discretion. Duty Power. Social rights. Effective guardianship.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar os limites instrumentais aos quais a Administração Pública democrática se submete quando exerce funções discricionárias com vistas à concretização dos direitos sociais fundamentais.

Sabe-se que é atribuição da Administração Pública a realização do interesse público, por esta razão é que, dotada de dever-poder, deve ser exercido via atuação, de acordo com a lei e o Direito, consoante o disposto no inciso I, do artigo 2º, da Lei nº 9.784/99, mesmo quando do exercício da função discricionária.

Entende-se que a instituição da discricionariedade se originou das contingências práticas que envolvem o interesse público e passaram a exigir do administrador público soluções concretas. Neste sentido, pode-se inferir que o fundamento da discricionariedade reside no fato de a lei cometer ao administrador público o dever-poder jurídico de concretizar o fim da norma através da identificação e adoção da solução mais apropriada diante do caso concreto, servindo-se dos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.

Por isso, não se mostra coerente afirmar que a discricionariedade serve como argumento para justificar a inércia do Estado quando deve satisfazer os interesses da coletividade, ou utilizar a falta de formalismo legal como escusa para proibir que a Administração Pública atue de maneira absoluta para a realização os direitos fundamentais.

Vale ressaltar que, em termos de direitos fundamentais, a discricionariedade do Poder Público, restringe-se pelo nível objetivo desses direitos, o que obriga a Administração Pública



a afastar todo e qualquer obstáculo existente e ao mesmo tempo criar todas as condições necessárias para proporcionar a sua máxima satisfação, e interpretar todo o ordenamento jurídico da forma mais adequada para alcançar a melhor concretização dos valores implícitos aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais são aqueles que a Constituição, prevê que sejam eles tutelados, sendo à administração pública conferido o dever de efetivá-los. Cabe à administração exercer o poder-dever possibilitando as condições necessárias para que os direitos fundamentais sejam atendidos em sua totalidade.

Assim, ao mesmo tempo em que a Constituição exige efetividade integral dos direitos sociais fundamentais, o exercício do dever-poder com vistas à sua concretização é limitado pela juridicidade. Portanto, a função discricionária da Administração Pública, que lhe confere o poder de escolha do conteúdo da política a ser formulada, implementada e executada com vistas ao atendimento do interesse público, é limitado não só por normas específicas para cada situação, mas à uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão e impedem o seu uso abusivo.

Para fins de cumprir com o proposto, o método utilizado foi o dedutivo que parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneiras puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.

Neste sentido, partindo-se da concepção da Administração Pública democrática e social, quais são as possibilidades e os limites do exercício da função discricionária com vista à concretização da tutela efetiva dos direitos sociais? A hipótese apresentada, é de que, sendo o exercício da função discricionária do dever-poder da Administração Pública democrática e social, visando a concretização dos direitos sociais, os limites em sentido estrito, se encontram nos princípios instrumentais da razoabilidade e da proporcionalidade. Objetiva-



se de um modo geral, esclarecer quais são os limites instrumentais aos quais a Administração Pública democrática se submete, quando exerce a discricionariedade com vistas à concretização dos direitos sociais fundamentais.

Assim, no primeiro item o presente artigo traz a discricionariedade da administração pública social e democrática. Adiante, o exercício do dever-poder na perspectiva do direito administrativo social, compromissos estes que são extraídos a partir dos mandamentos constitucionais sobre a lógica do direito administrativo social. E por último, serão analisados os limites da discricionariedade frente a tutela efetiva dos direitos sociais

2. A discricionariedade na Administração Pública democrática e social.

Nesta primeira abordagem, imprescindível verificar a função discricionária da Administração Pública, dentro de um contexto em que lhe confere escolhas sobre o conteúdo da política e o modo de formulação, implementação e execução da política pública para o atendimento do interesse público. De fundamental importância é a sua vinculação constitucional, caso em que incorre em um outro conceito o da arbitrariedade. Para tanto, passa-se a uma breve análise.

Ao legislador não é possibilitado fruir de todas as informações e condições fundamentais para que a Administração Pública possa atuar, visando o atendimento do interesse público em cada caso concreto. Por esta razão, é conferido à atividade administrativa, a função discricionária.

Desta forma, cabe a administração considerar em cada caso concreto a oportunidade e conveniência na adoção das alternativas de execução, sempre primando pela potencialização



dos resultados de interesse público, com observância aos limites da decisão, como os da possibilidade e da razoabilidade, utilizados com maior frequência (MOREIRA NETO, 2009, p. 241).

A partir desta ideia, é que a discricionariedade se torna fundamental para permitir o poder de iniciativa da Administração, na gestão dos interesses públicos que por ela são tutelados, na constante e ascendente busca em dar respostas as suas necessidades que são complexas e ilimitadas. Desta forma, a discricionariedade é essencial para o desenvolvimento eficaz da Administração Pública, principalmente, para o atendimento ao interesse público em cada momento que seja necessário (SADDY, 2015, p. 151).

Diante disso, mostra-se importante a descrição dos elementos definidores da discricionariedade – volitivo, subjetivo, formal e objetivo - os quais possuem fundamental relevância frente ao aplicador de direito (SADDY, 2015, p. 148).

Conforme André Saddy (2015), a Administração Pública quando decide atuar ou não, por conta da margem de liberdade, com autonomia ou com volição, e quando no caso de decidir atuar, deve analisar as consequências das normas que irá adotar entre as opções oferecidas alternativamente. Esta margem de liberdade é exclusiva da Administração (ente, órgão ou agente) por conta do elemento subjetivo da discricionariedade. E quando a Administração por possuir margem de liberdade em suas ações, possui atribuição voluntária, intenção do legislador, está sem falando do elemento formal, em que se tem um resultado consciente em prol de uma determinada autoridade, através da lei (SADDY, 2015, p. 148).

Além destes elementos definidores da discricionariedade, não se pode deixar de destacar o elemento objetivo, que está intrinsecamente presente em toda a Administração Pública, compreendido no dever de atendimento dos interesses públicos, que podem ser gerais, como aqueles que são canalizados por normas coativamente impostas (legalidade,



legitimidade e licitude), por valores consensualmente aceitos e por uma moral; ou específicos, que tem ligação direta com os interesses públicos gerais, previamente definidos pela Constituição e objeto de materialização pelas normas jurídicas e, no marco das mesmas, pelos órgãos governativos democraticamente eleitos (SADDY, 2015, p, 148).

Desta forma, a Administração Pública quando atua com discricionariedade deve observar os elementos derivados da norma jurídica, tendo em vista o princípio da legalidade e o dever de atenção ao interesse público.

Convém salientar, que o princípio da legalidade é o que rege a administração pública, sobretudo, porque dita o modo de atuação do administrador, vez que, os interesses que estão em jogo nas relações jurídicas em que a administração faz parte, não são interesses disponíveis.

Desta forma, a Administração Pública, atua sobre dois pilares o da legalidade, e do interesse público, que deve harmonizar-se, e por isto muitas vezes um ato que é considerado nulo nem sempre será necessariamente descartado do mundo jurídico (MOREIRA NETO, 2009, p. 241). Esta submissão da Administração Pública à legalidade, vai ao encontro do princípio da juridicidade, que é a própria conformidade da Administração Pública à lei e ao Direito.

Tal princípio está integrado pela legalidade, pela legitimidade e pela ilicitude, destina-se a cumprir o propósito mais importante do Direito Administrativo, que por si só o justificaria: proteger as liberdades e os direitos dos administrados, seguindo-se em importância, a organização das ações juridicamente relevantes da Administração (MOREIRA NETO, 2009, p. 247).

Ainda segundo Moreira Neto (2009) embora estando a Administração Pública submetida à legalidade, não é possível que o legislador tenha posse de todas informações



necessárias para definir qual a melhor forma de atendimento ao interesse público pela Administração Pública. Por esta razão, é outorgado à Administração Pública o uso da cláusula legal de discricionariedade (MOREIRA NETO, 2009, p. 241).

Segundo as ressonantes lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), a discricionariedade é liberdade dentro dos parâmetros e limites da lei, dada ao administrador, para que este cumpra o seu dever de, tanto por sua vontade quanto por seu juízo, integrar a norma jurídica, em conformidade com cada caso, de acordo com os critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 436).

Por esta razão, é que Juarez Freitas defende a ideia de que a boa administração é um direito fundamental que tem norma implícita e de imediata eficácia no sistema constitucional, objetivando a proteção contra a discricionariedade exercida fora dos limites ou aquém dos limites, ou seja, em demasia ou insuficiente (FREITAS, 2007, p. 7).

Resta assim, que toda a discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras, por esta razão, não pode o administrador público agir de modo totalmente livre, pois incorre em arbitrariedade. Portanto, a liberdade existente, somente é legítima quando estiver de acordo com os princípios constitucionais (FREITAS, 2007, p. 8).

Devido à esta liberdade de escolha de possíveis soluções, há uma predisposição a confundir-se a discricionariedade com a arbitrariedade. O agir arbitrário, compreende sempre a atividade do agente administrativo que contraria a norma legal, atacando assim a ordem jurídica, se comportando fora do que lhe permite a lei, o que configura a ilicitude do seu ato, que poderá ser corrigido judicialmente. Quando o agente atua de forma discricionária, e quando a lei lhe confere esse poder, que é ao mesmo tempo um dever, o



agente utilizará a melhor forma de atender satisfativamente o interesse público em situações específicas, cumprindo assim, com a determinação normativa (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 437).

Impende retratar que um ato administrativo é o ato de exercício de funções administrativas, em que o Estado a parte interessada numa relação que se estabelece nos termos da lei, ou que é exercida diretamente por meio de diploma autorizado pela constituição para efeitos de concretização do fim determinado no sistema legal, sendo um conceito que somente tem algum sentido no Estado de Direito. Infere-se que a função única dos atos administrativos é agir em defesa dos interesses públicos (LUSTOSA JÚNIOR, 1996, p. 227).

De igual forma, o ato administrativo na visão de Medauar, é uma das formas em que a Administração pública expressa suas decisões tomadas tanto por órgãos quanto pelas autoridades, que geram efeitos jurídicos, especialmente no tocante ao reconhecimento, modificação, eliminação de direitos ou imposição de restrições e obrigações, tudo em conformidade com a lei (MEDAUAR, 2012, p. 148).

Diz-se que um ato administrativo é perfeito (existente) quando esgotadas as fases necessárias à sua produção, ou seja, um ato administrativo se dá por existente quando completa o ciclo necessário à sua formação. Já a sua validade se confirma no momento em que o ato administrativo se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Quanto à eficácia do ato administrativo, a mesma é verificada quando disponível para a produção de seus efeitos próprios, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 390-392).



Têm-se que, os atos administrativos, definem-se como gêneros, sendo suas espécies, o ato discricionário e o vinculado.

Vinculado é aquele ato em que se verifica completa ausência de margem de liberdade em seu comportamento, como por exemplo, licença para construir, matrícula em escola, etc. Já os discricionários como amplamente já definido, são os atos que resultam de alguma escolha feita pela autoridade administrativa, porém não se está a dizer que esta liberdade seja absoluta, uma vez que o próprio conteúdo deve ser consentido pelas normas do ordenamento (MEDAUAR, 2012, p. 161).

Destaca-se, que os atributos do ato administrativo não são privilégios arbitrários, mas privilégio de proteger adequadamente o interesse público, vez que não pode a administração, na tutela do interesse alheio – público – e, portanto, indisponível, renunciar a essas prerrogativas. Por esta razão é que, constitucionalmente, não é plausível que haja divergência entre o Estado e o interesse público, haja vista a indivisibilidade ser fundamentada pela própria Constituição (MARTINS, 2019, p. 469).

Ainda, importa esclarecer que também o ato administrativo, cerca-se de outras características que os distinguem por exemplo, de outras espécies de atos jurídicos.

A presunção de legitimidade, dá a administração pública a prerrogativa de não precisar comprovar um ato administrativo quando da sua edição, que este está em conformidade com a lei (MEDAUAR, 2012, p. 161). A executoriedade é quando a administração pública toma para si a tarefa de executar um ato administrativo sem o consentimento de qualquer outra autoridade (LUSTOSA JUNIOR, 1996, p. 237). Como necessariamente deverá ser parte uma pessoa de direito público, esta característica está latente, não se manifestando nem na formação nem na execução, mas, tão somente, na eventual alteração ou desconstituição do ato administrativo. Eis o atributo da imperatividade (NETO, 2009, p. 211).



Como bem refere Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 60-61). Desta forma, o Estado possui interesse sempre naquilo que for relevante para o conjunto social. Portanto, ao Estado não é permitido agir com liberdade plena, visto estar sempre atrelado ao interesse da coletividade.

Vale ressaltar que é necessário entender o princípio do interesse público como resultado da interação com outros princípios e outras regras, e não esquecer a relação única de prioridade do ponto de partida da tomada de decisão. Assim, em todo e qualquer situação em que o Estado for atuar, é necessária uma disposição de caráter prévio e positivo no ordenamento, conforme tradicionalmente conhecido, de que, “ao particular é dado fazer tudo aquilo que a lei não proibir e ao Estado é dado fazer apenas o que a lei prever” (GABARDO, 2017, p. 113).

Assim, a observância do princípio da supremacia do interesse público, faz com que o Estado não tenha somente o poder, mas também lhe impõe um dever, ao mesmo tempo, em que reconhece que a administração goza de privilégios quando do seu exercício, mas também impõem de igual forma encontrar limites que são insuperáveis na legalidade. (FERREIRA, 2012, p. 445)

Dentro deste contexto, o princípio da supremacia do interesse público, faz com que seja ignorada toda e qualquer visão que desobrigue o Estado a agir de forma moderada, face a proporcionalidade que se aplica quando do referido princípio. Ou seja, é impensável que ao aplicar o princípio da supremacia do interesse público, ao Estado seja possibilitado, torturar, ameaçar e constranger os indivíduos (GABARDO, 2017, p. 114).

Em relação as ações discricionárias, elas podem se diferenciar de acordo com duas possibilidades extremas, entre ações vinculadas e ações arbitrárias. As ações vinculadas são



voltadas para aquelas em que as escolhas foram previamente determinadas por um comando normativo, outorgando à autoridade apenas um julgamento adequado ao fato concreto à regra estipulada. Já as ações arbitrárias, decorrem da vontade privada, ou seja, do comportamento individual, porém não justificáveis nem constitutivas da busca da solução mais acertada para o caso (SCHAPIRO, 2016, p. 315).

Por esta razão, é que toda a discricionariedade, legalmente exercida, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, que estão além das regras concretizadoras. Desta forma, agindo livremente o gestor público, não o faz mais, pois torna-se arbitrário. Em outras palavras, somente por meio de princípios constitucionais entrelaçados pode a liberdade regulada ser determinada (FREITAS, 2007, p. 8).

Segundo André Saddy (2015), aplicando o entendimento de Schneider, ao analisar um sistema baseado em normas discricionais e vinculadas, pode ter suas vantagens e desvantagens, vez que a opção é complexa e incerta, até mesmo por inexistir um sistema autêntico com uma forma ou outra. O que pode existir são ações com mais normas discricionais que vinculadas. Desta forma, deve ser considerado um número de situações quando se fizer a opção, visto que, a norma discricional é capaz integrar espaços das normas-regra, bem como, permitir que o julgador resolva os conflitos de acordo com o que é mais favorável para o interesse público, possibilitando a utilização do objetivo da norma (SADDY 2015, p. 152).

Para Carvalho Filho (2005), quando encontrado os limites da discricionariedade dentro dos parâmetros legais, deve-se também atentar para dois pontos fundamentais dos limites, os pressupostos da emanação volitiva e os fins alvitados na norma. Ou seja, embora não haja uma exigência legal clara, o poder discricional só pode ser exercido legalmente se os elementos da vontade de mobilização atenderem aos padrões estabelecidos pela lei. Além disso, a manifestação de vontade deve ter como objetivo, o mesmo fim que a lei prevê, caso



em o agente público estará atuando em desconformidade da lei, o que caracteriza desvio de poder (CARVALHO FILHO, 2005, p. 26).

Percebe-se que há uma liberdade de escolha pela administração quanto à forma que a mesma irá atuar de acordo com o caso concreto. No entanto, esta escolha, a que melhor atenda o interesse público, também deve estar condicionada ao que prevê a lei e não de acordo com a sua vontade.

Portanto, o desafio da sociedade é encontrar um equilíbrio, pois o excesso de discricionariedade pode levar a uma reação judicial e vice-versa, enquanto que um excesso de normas-regra provoca, ao final, um aumento da discricionariedade (SADDY, 2015, p. 153).

Se utilizando da máxima em que a administração pública tem a discricionariedade como instrumento para atuar objetivando o atendimento aos interesses público, se mostra importante discorrer acerca do dever poder da administração pública em criar conselhos municipais, pois mesmo não estando previamente previstos

3. O exercício do dever-poder na perspectiva do direito administrativo social

A legalidade, a legitimidade e licitude (ordem juspolítico-moral convergem, necessariamente, para alcançar o interesse público, que somente vincularão a administração pública se estiverem definidos pela Constituição, os quais serão objeto de concretização pelas normas jurídicas. Assim, a obediência a esses interesses é uma obrigação que a administração tem o dever de cumprir. É uma carga que jamais poderá deixar de lado ao realizar qualquer atuação. São estes interesses públicos, que a Administração pública deve respeito, uma vez



que o seu norte, sua razão de ser e o que justifica e dá fundamento à atividade administrativa (SADDY, 2015, p. 154).

Em virtude do dever de atendimento ao interesse público, pela Administração Pública, que se mostra bem vinda a corrente do Direito Administrativo Social, que prioriza uma administração mais inclusiva, distanciando-se do direito administrativo legalista anterior à Constituição Federal de 1988, vez que privilegia concretizar os valores constitucionais, mas sem desprezar a lei. Além disso, prioriza a realização dos direitos fundamentais, não somente pelo viés individualista, mas por meio de ações universalizadas, que alcance todos os cidadãos (HACHEM, 2013, p. 149)

O Estado, quando age discricionariamente, está manifestando o poder, vez que expressa a vontade de todos, entendendo-se que poder é a faculdade de transformar vontade em ações desejadas. Este poder que aqui se revela, tem a vocação de servir um interesse, o público. Sendo assim, a discricionariedade é um instrumento para o exercício do poder.

Esta ideia, foi primeiramente contestada por Tezner, que segundo André Saddy (2015), sobre a existência de um poder discricional sob o pretexto de que a Administração sempre está vinculada pela norma de interesse público. Refere que, em todas as circunstâncias, o poder da Administração será um poder vinculado (SADDY, 2015, 156).

A ideia de que a atuação estatal gira em torno de dever e uma finalidade a ser cumprida, tem sua prescrição dada em virtude de que, para o poder público, a finalidade tem caráter de um dever, o que gera uma função, em sentido jurídico, que antecipadamente assinalada por um controle normativo, possui uma finalidade de cumprir, de um dever ser obrigatoriamente atendido por alguém. Desta forma, na função o sujeito exercita um poder em proveito de outrem e o exercita não por que queira ou não queira e sim porque é um dever (SADDY, 2015, p. 156).



Conforme sinaliza José Manuel Sérvulo Correia (2003), a natureza discricionária do poder significa uma faculdade, mas também um dever funcional, de adaptar o conteúdo de uma decisão a um determinado ambiente comportamental. De acordo com as circunstâncias específicas desses comportamentos, novos pressupostos são adicionados aos pressupostos legais (CORREIA, 2003, p. 749-750).

Ainda se têm a ideia de que não existe poder discricionário sem lei que o defina sobre determinado assunto, mas somente poderá ascender em virtude de algo que a lei haja regulado, não se admitindo atuação administrativa que não esteja autorizada anteriormente por lei. A ordem normativa propõe uma série de metas a serem alcançadas, obrigatórias para qualquer instituição estadual. No sentido jurídico, perseguir esses fins tem as características de dever (antes do que poder), que representa uma função (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 13).

André Saddy (2015) enfatiza-se que, é dever do agente público, no âmbito da subjetividade, e de acordo com a sua finalidade, decidir e adotar os comportamentos que lhe permitam alcançar o interesse público de forma mais eficiente, de acordo com os princípios que orientam a Administração. Com isso, o legislador conferiu ao agente administrativo o poder para decidir, no caso concreto, considerando os fatos e circunstâncias, o caminho que melhor atenda ao interesse público (SADDY, 2015, p. 147).

Somente à administração é conferido o uso dos poderes para que ela os utilize como meio indispensável para a execução de certas finalidades que são estabelecidas pela lei. Portanto, são deveres-poderes, antes que poderes-deveres. O que predomina é a concepção de dever, enquanto a ideia de poder surge como secundária, pois o poder é dado como uma simples ferramenta necessária ao desempenho dos deveres (BANDEIRA DE MELLO, 1983, p. 7).



Assim, conforme Raquel Cristina Ribeiro Novais (1996, p. 21), os fins do Estado, prescritos pela lei, só podem ser atingidos se firmados em um poder obrigatório. Os poderes conferidos por certo ordenamento são estritamente objeto de um dever a ser concretizado de acordo com os fins da administração pública (NOVAIS, 1996, p. 21).

No entanto, os interesses públicos gerais, somente se vincularão à administração pública, se forem definidos pela Constituição Federal, os quais irão se consumir pelas normas jurídicas. Desta forma, a obediência a esses interesses é uma imposição à que a Administração Pública tem o dever de cumprir, não podendo de modo algum deixar de lado quando da execução de qualquer atuação, caracterizando-se desta forma, uma convergência da ordem juspolítico-moral, que pressupõe a legalidade, legitimidade e licitude (SADDY, 2015, p. 154).

Segundo Odete Medauar (2004), a utilidade, o significado, o valor do poder, constitui-se em um instrumento para que se cumpra um dever, ou seja, se não houver o poder, o agente público não teria como sustentar fazer algo a cargo do dever que lhe é imposto. Assevera que o dever nasce do exercício de um poder, portanto, quando o interesse público está sendo ameaçado, as autoridades são obrigadas a agir. Assim, quando se fala em dever, não pode o administrador isentar-se de executar seus poderes (MEDAUAR, 2004, p.124).

Desta forma, o dever é a forma de se analisar a discricionariedade, antes mesmo do que um simples exercício de poder, e não como natureza de ato, um dever de cumprir com um objetivo, exercido através da possibilidade de transformar vontade em ações defini das pela legalidade, legitimidade e licitude. (SADDY, 2015, p. 156). No mesmo sentido, Mello (2006, p. 54) argumenta que, o administrador não dispõe de poderes-deveres, como comumente se diz, mas de deveres-poderes, pois esta forma de expressão reflete a verdadeira natureza da sua habilidade com mais fidelidade que a primeira.



O valor do poder, sua utilidade e seu significado, sintetiza a constituição de um instrumento objetivando o cumprimento do dever. Sem o poder, o agente público não possui sustentação para assumir o dever que lhe é imposto (MEDAUAR, 2012, p. 119). É através dos atos administrativos que se coloca em prática este dever e as demais das funções executivas.

Ademais, é importante lembrar que exercer a discricionariedade significa ter a faculdade, autonomia ou volição, mas, também, obrigações que tem outros aspectos, além do respeito ao interesse público, como o dever de fundamentar a escolha feita, de respeitar os princípios jurídicos, entre outros (SADDY, 2015, p. 156).

Assim, toda vez que o dever-poder girar em torno de uma finalidade a ser cumprida – a do interesse público – deve se ter a concepção discricionariedade potencial. Já a discricionariedade efetiva manifesta configurações de poder, visto que é ela a faculdade de transformar à vontade em ações desejadas, ações válidas, pois respeitam o direito (SADDY, 2015, p. 112).

Odete Medauar (2012), afirma que o dever que nasce do exercício de um poder, significando a obrigação imposta à autoridade de tomar providências quando está em jogo o interesse público, sendo assim, uma forma de dever, não pode o administrador eximir-se de desempenhar seus poderes (MEDAUAR, 2012, p. 119).

Desta forma, existe a escolha por parte da Administração Pública, que se dá através do seu poder discricionário, para então cumprir o seu dever de atendimento ao interesse público, assim como também lhe é conferido o dever de proteger esses interesses. Para isso apresenta-se os limites deste poder discricionário diante da tutela efetiva dos direitos sociais.

4. Os limites da discricionariedade administrativa frente a tutela efetiva dos direitos sociais



Antes de adentrar no conteúdo dos limites da discricionariedade, revela-se importante discorrer acerca da tutela efetiva dos direitos sociais, uma vez que cabe à administração pública o seu dever de proteção constitucional, objetivando o atendimento ao interesse público.

Registra-se, num princípio que os direitos sociais são, inegavelmente, direitos fundamentais, seja porque se destinam a prover o homem de meios de subsistência, garantindo-lhe o mínimo existencial, seja porque evidenciam o grau de democracia no Estado. Diante disto, a Constituição Federal de 1988 tomou partido e incluiu os direitos sociais, expressamente, entre os direitos fundamentais do Título II de seu texto (RANGEL, 2010, p. 91).

Nestes termos, José Afonso da Silva, ensina que os direitos sociais constituem direitos fundamentais da pessoa humana, eis que são classificados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Estas classificações se mostram importantes, vez que ultrapassa uma. Isso é importante, também, porque supera uma corrente doutrinária, que por vezes persiste, a qual entende ainda que os direitos sociais são apresentados como direitos individuais. A Constituição consagrou a harmonia das categorias dos direitos fundamentais do homem, no tocando direitos sociais, e que figurariam como uma categoria aleatória. Isto quer dizer que figuram como, os novos direitos fundamentais do homem em caráter definitivo, bem como ainda, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades” e sua proclamação supõe uma autêntica garantia para a democracia, ou seja: “para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas” (SILVA, 2010).



A proteção dos cidadãos dentro do Estado democrático de direito se deu pelo desenvolvimento dos direitos fundamentais, em que perante as Constituições, se tornou o núcleo central com o objetivo de garantir a sua proteção, vez que um Estado não existe sem esta garantia para todos os indivíduos. Em outras palavras, um Estado que não consegue garantir o mínimo de tutela para os seus direitos fundamentais, para os seus indivíduos não pode ser considerado como um Estado democrático (SCHIER, 2008, p. 114).

Antes da Constituição Federal de 1988, o Direito Constitucional era voltado muito mais para uma organização estatal. Com a promulgação da Carta Magna de 1988, trouxe uma maior preocupação com o texto normativo, em que busca um estreitamento dos vínculos com os direitos fundamentais, o qual tem como justifica uma atuação estatal muito mais regulatória e um comprometimento muito maior com a ética da modernidade e a racionalidade (WACHELESKI, 2016, p. 300).

Tem-se como princípio, que os direitos sociais, tidos como de segunda geração, surgem com o Estado Social de Direito, que teve seus embriões no início do século XX, mas cuja consolidação se deu após a Segunda Guerra Mundial. A partir desse modelo, direitos dos trabalhadores e prestações como saúde, educação e assistência passam a ser reconhecidos constitucionalmente e por esta razão caracterizado de direitos de segunda geração, o qual impõe ao Estado, o dever de atuação positiva e interferência, objetivando a promoção da igualdade material e da justiça social (HACHEM, 2014, p. 13).

Nesse sentido, a promoção dos direitos fundamentais no Estado Social consiste em um tema intimamente dependente das estruturas administrativas organizativas e procedimentais necessárias ao oferecimento de prestações positivas estatais, algo que só pode ser encarado por um viés coletivo e estatizante-publicista (HACHEM, 5).



Importante destacar que o princípio da igualdade é de fundamental relevância para que os direitos fundamentais sejam realizados, visto que é neste princípio que se encontra o suporte para que haja a validação dos direitos sociais.

Esta compreensão é determinante, pois reconhece, segundo Daniel Wunder Hachem (2015) que a todos os cidadãos é permitido desfrutar de maneira igualitária os direitos e para tanto, as Constituições impõem aos Estados o dever de promover ações sociais interventivas, inclusive interferindo nas relações interprivadas com vistas a possibilitar e ampliar aos sujeitos hipossuficientes, o acesso dos marginalizados a bens e serviços econômicos, sociais e culturais (HACHEM, (2015, p. 66).

Por esta razão que, Douglas Eros Pereira Rangel (2010) entende que os direitos sociais são todos aqueles direitos que exigem uma postura ativa do Estado, fazendo com que este coloque a disposição do cidadão condições jurídicas e materiais que permitam o efetivo exercício das liberdades tidas como fundamentais e que por sua vez, também proporcionem a prática da igualdade de situações sociais desiguais (RANGEL, 2010, p. 92).

Desta forma, os direitos fundamentais sociais, além de impor o dever de tutela ao ente estatal, uma vez que gozam de exequibilidade plena, também surgem com a tarefa de impor limite ao exercício do poder político e à arbitrariedade estatal. Portanto, naturalmente, a doutrina geral dos direitos fundamentais tem sido tradicionalmente desenhada para resolver problemas relacionados à função defensiva de tais direitos para prevenir a interferência indevida por parte do poder público (HACHEM, 2014, p.16).

Por esta razão, é que a Constituição Federal concede a todo o cidadão o direito fundamental à tutela efetiva, pois à administração pública é imposto prioritariamente o dever de criar condições materiais e jurídicas para atender os direitos fundamentais sociais em sua



totalidade, além de ter a obrigação de igual atendimento a todos titulares de idênticas posições abstratas, mesmo aquelas individuais.

O dever dado à administração para que se cumpra o dever constitucional de tutela os direitos fundamentais sociais, está sempre atrelado à lei, no sentido de que esta liberdade que lhe é concedida, através do ato discricionário, não seja motivo também para que a mesma viole dos direitos dos cidadãos. A lei está ao lado da administração para ajudá-la a implementá-los, e não o contrário.

De acordo com Daniel Wunder Hachem (2014), o cidadão se utiliza da lei como que um escudo contra o Estado, o que em contrapartida, não pode ser utilizado pela administração para salvaguardar-se em oposição às exigências da sociedade e do Direito, mantendo-se íntegra em sua confortável passividade. Desta forma, o fato de não existir lei, não pode servir de justificativa para que a atividade administrativa emperre na concretização dos direitos fundamentais. O que deve imperar é o agir constitucionalmente previsto, mesmo que ausente os comandos legais (HACHEM, 2014, p. 327).

Dizer que a Administração Pública é estimulada pelos mandamentos da Constituição Federal, é o mesmo que afirmar que a Lei Maior está sempre a instigar a administração para que efetive os direitos fundamentais, e jamais ofendê-los.

Ainda segundo o autor Daniel Wunder Hachem (2014), o indivíduo vê na Constituição Federal o seu escudo de proteção contra possíveis injustiças que advém da ação ou omissão da administração pública, não podendo desta forma, ser utilizado para justificar o desprezo, por parte do Estado, de outras garantias fundamentais, como é o caso da submissão da Administração à legalidade estrita (HACHEM, 2014 p. 328).

Entende-se assim que a administração pública deve sempre interpretar a lei conforme a Constituição e não o contrário.



Assim, têm-se que os direitos fundamentais se aplicam diretamente sobre os entes estatais o que leva a reconhecer que, mesmo sem haver previsão legal explícita ou da concessão de competências vinculada, a Administração Pública está obrigada a tutelar de forma espontânea o conteúdo integral dos direitos fundamentais, criando sistemas procedimentais e organizacionais que possibilitem o seu exercício de forma igualitária pelos cidadãos (HACHEM, 2014, p. 405).

Esta criação de condições para efetivar os direitos fundamentais, se dá, como já se prescreveu, pela discricionariedade, cuja ferramenta é utilizada visando a busca de melhores condições para alcançar o interesse público, o que muitas vezes, a utilização deste instrumento justifica um não atuar pela Administração Pública (HACHEM, 2014, p. 406).

Esta ideia da discricionariedade deve ser afastada, pois a justificativa da sua criação é no sentido de a Administração adotar as melhores escolhas para o alcance das finalidades públicas, ao mesmo tempo em que deve se ter em mente a legalidade a fim de habilitar a ação administrativa, com intuito de evitar violações comissivas às liberdades individuais.

Quando o assunto da discricionariedade ou da vinculação dos atos administrativos, ingressa no mundo dos direitos fundamentais, ganha grande destaque, principalmente quando a discussão gira em torno da sua incumbência prestacional.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), sustenta que, sob o olhar do Direito Administrativo, é comum que se apresente o debate sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais perante a Administração, através da sua vinculação, e desta forma, este direito seria exigível e o Estado teria a obrigação de outorgar referida prestação. Porém, se do contrário operar, ou seja, uma competência discricionária, não haveria garantia de sua exigibilidade, visto que a Administração teria um espaço de liberdade para decidir se o



fornecimento da prestação estatal postulada é conveniente e oportuno (DI PIETRO, 2012, p. 62).

Pode se dizer que quando o objeto de análise for a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais ou quando ela for objetiva, vai ocorrer situações diferenciadas em relação à discricionariedade administrativa. Eventualmente quando a competência administrativa fizer uso da discricionariedade genérica, em matéria de direitos fundamentais, podem tumultuar o verdadeiro significado dessa categoria jurídica, convertendo-a em uma desculpa do Poder Público para dissimular omissões arbitrárias. Na verdade, quando se está a falar objetivamente dos direitos fundamentais, a discricionariedade administrativa pode-se reduzir ao máximo, até o seu desaparecimento, dando espaço assim para a competência vinculada da Administração (HACHEM, 2014, p. 407).

Veja-se que, quando à omissão do Poder Público, é contrária ao ordenamento jurídico, figurando assim já no campo da arbitrariedade e não mais da discricionariedade.

O mesmo autor ainda refere que, por força do direito do cidadão à tutela administrativa efetiva – espontânea, integral e igualitária – de sua esfera jurídica, a discricionariedade do Poder Público suporta, no âmbito dos direitos fundamentais, intensas limitações que emerge da dimensão objetiva destes direitos a qual atribui à Administração o dever de extrair todos os obstáculos que porventura possam existir, criando todas as condições necessárias objetivando o mais alto grau de satisfação, e de interpretar todo o ordenamento jurídico de acordo com a melhor realização dos valores implícitos aos direitos fundamentais (HACHEM, 2014, p. 408).

Portanto, segundo Ingo Von Sarlet (2006), é de fundamental importância para o entendimento dos limites da atuação administrativa no âmbito administrativo, a avaliação das dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais, assim como também, a



importância da construção da teoria do direito à organização e ao procedimento (SARLET, 2006, p. 210).

Este entendimento também deve levar em conta, que mais importante do que ampliar o rol de direitos fundamentais, é também criar uma estrutura teórica que possa estabelecer garantias de sua proteção. Os instrumentos de garantia somente serão possíveis se for baseado na teoria da racionalidade do texto constitucional que definirá claramente os limites das ações do Estado que não irão interferir arbitrariamente nos direitos fundamentais (WACHELESKI, 2015, p. 305).

Observa-se que quanto, ao exercício da dimensão subjetiva do direito fundamental corresponde uma competência administrativa discricionária, o ordenamento jurídico assegura à Administração Pública um certo espaço de decisão, dentro dos limites fixados pelo Direito positivo, para aferir se é conveniente e oportuno atender integralmente à pretensão do titular do direito (HACHEM, 2014 p. 409).

Diversamente do campo de análise anterior, são os limites da discricionariedade de que dispõe a Administração para dar execução à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Não está presente nesta dimensão a existência de um requerimento ou de uma exigência do titular do direito perante o Poder Público, mas sim nos deveres da Administração, que independe de qualquer provocação subjetiva (HACHEM, 2014, p. 410).

Importante revelar que mesmo diante da fragilidade dos limites entre discricionariedade e os riscos da arbitrariedade, é de comum aceite pela doutrina, a necessária presença destes institutos na atuação administrativa, uma vez que não há como a norma prever as infinitas situações práticas que podem ocorrer. Por esta razão é que o exercício da discricionariedade se torna substancial ao governo humano, visto que a administração deve analisar cada situação em concreto, e nisso é que se caracteriza a



aplicação da discricionariedade e por esta razão, inafastável (RAMÓN FERNÁNDEZ; GARCÍA DE ENTERRÍA, 2014, p. 464).

Conforme leciona Não seria crível imaginar que o legislador alcançasse materialmente todas as possíveis ocorrências no mundo dos fatos, e sob o ponto de vista lógico, é impossível ao legislador utilizar em toda construção normativa conceitos precisos e de única expressão (DI PIETRO, 2012, p. 64).

Desta forma, quando o tema em debate for a discricionariedade da Administração Pública em matéria de direitos fundamentais, a resposta quanto a natureza vinculada ou discricionária da competência administrativa voltada a satisfação do direito depende do esclarecimento prévio de duas questões: a qual dimensão do direito fundamental se está aludindo, se subjetiva ou objetiva, bem como a quais aspectos da competência se está referindo (HACHEM, 2014, p. 412).

Assim, analisar os direitos fundamentais, compreende buscar explicação de quais limites, a adequação normativa e a possibilidade de aplicação desses direitos, que pode ser obtido por meio dos princípios, que tem como base a declaração de que os direitos fundamentais carregam em si uma disposição de preceitos de otimização, atraindo para si a regra da proporcionalidade (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 132).

Pela proporcionalidade, é possível verificar se o interesse público é compatível com limites impostos pelos direitos fundamentais. Importante esclarecer que a supremacia do interesse público, somente encontrará plena realização e legitimidade quando direcionados à efetivação dos direitos fundamentais, sendo este também o que justifica o exercício de toda a atuação administrativa, inclusive dos atos decorrentes do poder de polícia. Assim, imprescindível ser feita uma nova leitura da própria supremacia do interesse público a partir dos direitos fundamentais, que sinaliza para a necessidade de que toda atividade de polícia



do Estado, e em especial da polícia administrativa de restrição dos direitos individuais, esteja inclinada para efetivação dos direitos fundamentais como condição para o reconhecimento de sua legitimidade (WACHELESKI, p. 309).

A omissão é fato que pode ser constatada, quando o Estado se exime do cumprimento dos seus deveres que lhes são atribuídos por conta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os quais deveria proteger contra as investidas de particulares.

De igual forma, esta omissão é verificada quando há uma recusa inconstitucional quanto ao dever de criar um mecanismo organizacional e ferramentas procedimentais que proporcionem condições verdadeiras e efetivas para o exercício pleno dos direitos fundamentais. É no âmbito da discricionariedade do legislador e da administração que se tem a forma ou o meio pelo qual o Poder Público irá atender a tais determinações constitucionais, de acordo com a conveniência e oportunidade. Todavia, essa atuação discricionária tem limites, vale dizer, balizas impostas constitucionalmente. Quando a inatividade estatal se demonstrar irrazoável e desproporcional, ela se tornará antijurídica, porque é inconstitucional (HACHEM, 2014, p. 527).

Neste sentido, destaca-se a lição de Caroline Müller Bittencourt (2013), no sentido de que, “a própria discricionariedade, e até mesmo o mérito administrativo, segundo a teoria brasileira é passível de controle em caso de desproporcionalidade em relação aos demais preceitos e princípios constitucionais que conduzem a atividade administrativa” (BITTENCOURT, 2013, p. 260).

Isso ocorrerá sempre que o Estado não atender a um padrão suficiente de cumprimento das imposições objetivas que emanam do conteúdo dos direitos fundamentais. A violação desse patamar adequado derivada de omissões da Administração só será passível de verificação no caso concreto. Mas uma vez verificada, ela justifica o controle da omissão



administrativa por incidir na *proibição de proteção insuficiente* dos direitos fundamentais, uma das vertentes do princípio da proporcionalidade (NOVAIS, 2003, p. 22).

CONCLUSÃO

Tratando-se a discricionariedade administrativa da margem relativa de liberdade conferida pela norma jurídica à Administração, buscou-se através da sua concepção, definir as possibilidades e os limites do exercício da função discricionária, tendo como objetivo a concretização da tutela efetiva dos direitos sociais.

Desta forma, sendo o exercício da função discricionária o dever-poder da administração Pública democrática e social, alicerçada na concretização dos direitos sociais, cumprindo desta forma com o atendimento do interesse público, verificou-se que os limites do exercício da função discricionária se encontram nos princípios instrumentais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Caracterizou-se que o exercício da função discricionária não se fundamenta senão buscar o atendimento dos interesses públicos pela administração pública, o que decorreria de uma arbitrariedade, o que se demonstra contrário ao ordenamento jurídico.

Extraiu-se da Administração Pública, que a mesma não possui liberdade e/ou autoridade para com suas escolhas ou em atuar ou não atuar, o que por vezes passa pela ideia de discricionariedade, devendo ser afastado, mas que sim tem um compromisso com os condutores do Estado Democrático de Direito, ou seja, com o interesse público e nisso consiste o dever-poder.



Portanto, a Administração não pode omitir quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais, e que tal deve ser enfrentada através da tutela efetiva, ou seja, quando a administração pública deixa de efetivar os direitos fundamentais, ela não está agindo discricionariamente, mas sim infringindo a Constituição Federal, o que não lhe é facultado.

Desta forma, o dever-poder da Administração Pública, ao tratar de administração pública social, tem o compromisso dentro da lógica do direito administrativo social, que é o interesse público, de criar estruturas de tutela aos direitos fundamentais, dentro dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Caroline Müller. Controle jurisdicional de políticas públicas. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed. 2013, p. 368 p.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 abr. 2021.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Hermenêutica e argumentação neoconstitucional. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade administrativa*. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013.



_____. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 3 – 41

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra, Almedina, 1987.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 118-121.

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

_____. O princípio da supremacia do interesse público – sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Bacellar Filho, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. IN: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípio de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C-Revista



de Direito Administrativo & Constitucional, v. 13, n. 53, p. 133-168, 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/126>. Acesso em 25 abr. 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 15, n. 59, p. 63-91, 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>. Acesso em 25 abr. 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LUSTOSA JUNIOR, Hélio Dourado. Ato administrativo e discricionariedade. In: CUNHA, Tatiana Mendes. Estudos de direito administrado em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?* Revista Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 449-477. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61986. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392019000200449&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 29 abr. 2021

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. Revista Direito administrativo. Rio de Janeiro, 152:1-15, abr./jun. 1983. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43770/42561>. Acesso em 29 abr. 2021.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da Discricionariedade. In: CUNHA, Tatiana Mendes. Estudos de direito administrado em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. O controle jurisdicional da discricionariedade: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. Tese (livre docência) – Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22042019-144541/pt-br.php>. Acesso em 13 abr. 2021.



RANGEL, Douglas Eros Pereira. Efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível: uma análise sob a ótica do neoconstitucionalismo. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.87-102. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/74484/2010_rangel_douglas_efetividade_direitos.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 abr. 2021

SADDY, André. Elementos Essenciais Da Definição De Discricionariedade Administrativa. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. São Leopoldo, ano 7 v.2, p147-165, maio/agosto 2015a. DOI: 10.4013/rechtd.2015.72.05. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.05>. Acesso em 13 abr.2021.

_____. Intervenção do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da CF. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.269, p. 107 -138, maio/ago.2015b. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57596>. Acesso em 10 dez. 2020.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. O. Cit; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade. Op. Cit., p. 99 e 138.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: campo de tensão. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais - UNIBRASIL. N. 9, 2008



SILVA, José Afonso da. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/garantias-econ%C3%B4micas-pol%C3%ADticas-e-jur%C3%ADdicas-da-efic%C3%A1cia-dos-direitos-sociais>. Acesso em 28 abr. 2021.

SILVA, Mário Henrique Malaquias. O princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 1, p. 233-261, abr. 2010. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/7578/6663>. Acesso em 19 de abr. 2021.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord) Discricionariedade administrativa. 2ª edição. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 77-141

WACHELESKI, Marcelo Paulo. A discricionariedade do poder de polícia administrativa e os limites impostos pelo critério da proporcionalidade a partir dos direitos fundamentais. Pensamiento Jurídico, n. 44, p. 291-312, 2016. Disponível em <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/60964/pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.