

O giro que ainda falta no Direito Administrativo: por uma discricionariedade funcional e a serviço da cidadania

Arthur Pinel¹

RESUMO: O tema deste artigo é a discricionariedade administrativa. Seu objetivo é discutir uma nova base para a atividade discricionária da Administração Pública. Nesse sentido, o artigo propõe a funcionalização da discricionariedade, que é a sua construção a partir da noção de dever, e não de prerrogativa ou de poder; esse seria seu giro funcional. Para a compreensão desse movimento de funcionalização, são apresentados os dois possíveis enfoques do direito administrativo: o estrutural e o funcional. Entendendo que é o enfoque funcional o mais compatível com o marco constitucional contemporâneo, o artigo segue com a formulação do conceito funcional de discricionariedade, que, segundo essa visão, é o dever que a Administração Pública possui de buscar a melhor solução para um caso concreto. Depois, o artigo apresenta a premissa fundamental do giro funcional da discricionariedade – a processualização - e trata da sua repercussão na atuação das instâncias controladoras. Sua proposta, no final das contas, é exigir que a atividade discricionária da Administração Pública seja mais racional e democrática e que esteja sempre a serviço da cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade administrativa. Giro funcional. Dever. Cidadania.

ABSTRACT: The subject matter of this article is the administrative discretion. It aims to discuss a new basis for the exercise of discretion in the Public Administration. In this regard, the present article proposes an evidence-based discretion, which derives from the notion of duty instead of prerogative or power vested to the incumbent. That would be the turning point in administrative discretion. In order to better understand the proposed shift, it will comment on two approaches to the administrative law: the structural and the functional ones.

¹ Procurador do Município de São Paulo (arturpinel@prefeitura.sp.gov.br)

Arguing that the latter is most compatible with the contemporary constitutional framework, the article delves into the concept of functional administrative discretion, which conveys that it is imperative to the Public Administration body to seek the best solution to a given case, not guiding its decisions solely by legislative constraints. Moreover, the paper discusses the underlying assumptions and intended consequences of the functional administrative discretion. The proposal of the present article, ultimately, is to call decisionmakers to exert administrative discretion in the Public Administration based on rationality and on the best interests of society.

KEYWORDS: Administrative discretion. Functional shift. Duty. Citizenship.

1 Introdução

Não é de hoje que vejo no futebol uma metáfora da vida. Muitas das situações vividas entre as quatro linhas podem deixar relevantes lições para todos nós. Uma dessas situações, que é comum no futebol, é a de times que gastam mais energia para evitar derrotas do que para tentar vencer seus jogos. Em vez de estratégias que os aproximem da vitória, optam por táticas que minimizem a chance de derrota. E o resultado, em regra, é justamente o oposto daquele pretendido: as equipes que assim jogam perdem muito mais do que ganham. Ainda que pareça irracional, é esse o caminho adotado pela maioria. É a mentalidade muito bem captada pela anedótica frase “o medo de perder tira a vontade de ganhar”.

Esse pensamento parece também dar o tom no direito administrativo. Isto porque, atualmente, nossas instituições têm se organizado muito mais em torno do medo de maus gestores, deixando em segundo plano o incentivo às soluções inovadoras. Em vez de permitir grandes decisões, que podem ser exitosas ou não, o direito administrativo tem preferido a postura defensiva, com regulação detalhada e excessivo controle. Ficam impedidas, assim, medidas inovadoras e mais audaciosas. Também no direito administrativo “o medo de perder tem tirado a vontade de ganhar”.

Estudiosos e operadores do direito administrativo têm culpado as instâncias de controle por essa posição defensiva. “Direito administrativo do medo” e “apagação de canetas” são

expressões que, cunhadas por esses estudiosos, apontam a tendência de um controle que paralisa – isto é, que inibe as decisões administrativas mais audaciosas.

No entanto, entendo que o problema é anterior. O excesso de controle é uma distorção gerada pelo mau uso da discricionariedade. Esse mau uso, por sua vez, decorre da má formulação da referida categoria jurídica, que necessita ser funcionalizada – ou seja, construída a partir da noção de dever. Corrigida essa distorção, todo o restante também mudará.

Nesse sentido, apresentarei minha proposta de reconstrução da discricionariedade a partir de cinco passos. Nos dois primeiros passos explicarei o que entendo como giro funcional do direito administrativo. Na sequência, no terceiro passo, detalharei as implicações desse giro funcional na discricionariedade, tema principal deste artigo. Em meu quarto passo, apresentarei uma premissa fundamental à “funcionalização” da discricionariedade: a “processualização” da atividade administrativa; aqui argumentarei que, em regra, não há atuação racional da Administração Pública sem o devido processo administrativo. Por fim, no derradeiro e quinto passo, trarei algumas questões relacionadas ao controle da atividade administrativa, com sugestões de ajustes na atuação das instâncias de controle frente à atividade discricionária da Administração Pública.

Além do breve itinerário, entendo relevante apresentar minha abordagem metodológica². Neste artigo, meu enfoque é essencialmente analítico. Os enfoques empírico e normativo, os outros troncos da dogmática jurídica, também foram abordados – sobretudo o segundo -, mas sem o mesmo protagonismo do enfoque analítico. Com isso, quero dizer que este artigo se desenvolverá, do próximo tópico em diante, a partir da análise dos conceitos e premissas básicas que envolvem o tema da discricionariedade administrativa. A jurisprudência e o direito positivo – enfoque empírico - possuem papel residual neste artigo, aparecendo apenas quando imprescindível para a compreensão de um conceito ou para o reforço de um argumento. O enfoque normativo, por fim, apesar de também coadjuvante, estará espalhado por quase todo o artigo, já que é

² Sobre a dogmática jurídica e seus enfoques (analítico, empírico e normativo), ver Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2009, p. 30-32, e Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2017, p. 32-36.

da essência desse tipo de trabalho a apresentação de uma resposta ao problema analisado.

2 O giro funcional da discricionariedade administrativa

Como dito antes, uma das minhas propostas, neste artigo, é a funcionalização da discricionariedade administrativa. Esse movimento, que é relevante e urgente, seria o primeiro passo à correção do mau uso da discricionariedade, que tem sido considerada, tradicionalmente, como a faculdade que possui a Administração Pública de optar, diante de um caso concreto, por uma entre as diversas soluções permitidas pelo direito³. Seu contraponto é a vinculação administrativa, que representa a completa ausência de liberdade decisória, cabendo à Administração Pública, no caso da vinculação, apenas seguir a solução já determinada pelo direito positivo⁴.

Esse conceito de discricionariedade – que, reitera-se, é tradicional no direito administrativo brasileiro - possui nuances que, a meu ver, tornam o próprio instituto incompatível com o nosso sistema constitucional. Isto porque, mesmo que distante da antiga liberdade total da Administração Pública, que permitia abusos e personalismos, o atual conceito de discricionariedade ainda serve à lógica do Estado, e não da cidadania. É preciso que também ocorra um giro funcional do direito administrativo, que, ao lado dos giros democrático-constitucional e pragmático⁵, mudará o modo como é pensada e aplicada a discricionariedade, que, mais uma vez, deve servir à cidadania, e não à Administração Pública.

O passo decisivo nessa direção, como já indicado acima, é o reforço da lógica funcional do direito administrativo.

³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 62.

⁴ Idem.

⁵ As expressões “giro democrático-constitucional” e “giro pragmático” aparecem com frequência em Gustavo Binenbojm, *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*, p. 38 e 59. A primeira expressão aponta para a centralidade que os direitos fundamentais e o princípio democrático possuem no direito administrativo contemporâneo. A segunda expressão, por sua vez, indica que o direito administrativo atual deve ser menos apegado à velha dogmática e mais preocupado com os resultados que produz - um direito, acima de tudo, consequencialista.

Contraponto da perspectiva estrutural⁶, que enxerga o direito administrativo a partir do seu próprio funcionamento, a lógica funcional pretende fazer com que o aparato administrativo gire em torno de sua função contemporânea, que é servir à emancipação humana⁷, como estabelecem os artigos 1º⁸ e 3º⁹ da Constituição da República. Com a positivação da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro e com a construção de um sistema generoso de direitos fundamentais, é fato que o ser humano passou a protagonizar o ordenamento jurídico, sendo em torno dele que o direito administrativo deve orbitar. Antes súdito, ou administrado, o ser humano, que agora passa a ser cidadão e cidadã, deve ser servido pela Administração Pública, e não o oposto¹⁰.

Essa, portanto, é a lógica funcional do direito administrativo. O enfoque, sob essa perspectiva, recai sobre a função da Administração Pública, que é servir à humanidade, algo que, no direito contemporâneo, confunde-se com a tarefa de efetivar os direitos fundamentais. O desafio, então, é impor essa lógica funcional às diversas categorias do direito administrativo que ainda não foram inteiramente constitucionalizadas.

⁶ Marçal Justen Filho e Floriano de Azevedo Marques Neto. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*, 2015, p. 367.

⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *O Direito Administrativo no século XXI*, 2018, p. 135.

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

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

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*, 2008, p. 81.

Portanto, “funcionalizar” a discricionariedade administrativa é minha proposta principal neste artigo; isso farei mais adiante. Antes, entendo importante pontuar, ainda que brevemente, o desenvolvimento do “direito administrativo estrutural”, que é o contraponto teórico do enfoque funcional. Uma vez compreendida essa dicotomia, será mais fácil apontar as mudanças que entendo necessárias à discricionariedade.

3 Os dois enfoques do Direito Administrativo

Em linhas gerais, o direito administrativo pode ser visto sob dois enfoques, o estrutural e o funcionalista¹¹. No primeiro caso, é a estrutura da Administração Pública que ganha centralidade. Sua organização interna e a relação com as demais agências estatais – Legislativo e Judiciário, sobretudo - são a principal preocupação de quem pensa o direito administrativo a partir desse viés. O enfoque funcionalista, por sua vez, deita sua atenção à função da Administração Pública, o que leva, de modo especial, à maior preocupação com deveres e obrigações do aparato administrativo.

Esses dois enfoques não são excludentes. Na verdade, é impossível imaginar o direito administrativo sem uma pitada de cada um. O importante é entender qual deles prevalece na construção das categorias e dos institutos administrativos contemporâneos. Construir o direito administrativo pela perspectiva estrutural é priorizar as categorias de autoridade da Administração Pública - as prerrogativas públicas -, que diferenciam o Poder Público do restante da sociedade. Por outro lado, um “direito administrativo funcional” cuida mais de instrumentos que de prerrogativas, pois sempre vincularia uma faculdade da Administração Pública ao atingimento de alguma finalidade. Assim, em vez de assimetrias que prestigiam o poder estatal, o enfoque funcionalista (ou funcional) cuida de ferramentas que devem ser manejadas em favor da realização dos direitos fundamentais.

Com a discricionariedade não é diferente. Essa categoria, que acompanha o direito administrativo desde seu nascimento, também pode ser vista a partir dos dois enfoques.

¹¹ Marçal Justen Filho e Floriano de Azevedo Marques Neto. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*, 2015, p. 367.

Sob a perspectiva estrutural, a discricionariedade é vista como a liberdade decisória que pode possuir a Administração Pública; neste caso, sua atuação deveria tão somente observar os limites impostos pelo direito, não existindo, contudo, caminho previamente determinado. Nesse viés, a discricionariedade serve para delimitar o espaço próprio da Administração Pública na relação com os demais poderes e com as instâncias de controle. O objetivo da discricionariedade, para a visão estrutural, então, é estabelecer o campo preferencial de atuação administrativa, dentro do que os demais poderes – o Judiciário, em especial – só intervirão se constatada alguma ilegalidade, isto é, uma situação contrária ao direito.

A meu ver, essa prevalência do viés estrutural na formulação da discricionariedade é explicada pela origem do próprio direito administrativo. Sem o rigor científico de um texto historiográfico, volto ao seu surgimento para explicar meu argumento.

Sobre o nascimento do direito administrativo, é tradicional dizer que sua causa foi o estabelecimento do Estado do Direito e da Separação de Poderes¹². Com a introdução da lógica da submissão da Administração Pública à lei, com o respectivo controle pelo Judiciário, faria sentido pensar num ramo do direito específico para controlar a burocracia estatal, algo inexistente na França pré-revolucionária, que vivia tempos de monarquia absolutista. Aliás, para muitos é a *Loi* de 28 de *pluviose* do ano VIII (1800) a certidão de nascimento do direito administrativo, pois representou a estipulação de normas “externas” ao funcionamento da Administração Pública¹³.

No entanto, é falaciosa a narrativa de que o direito administrativo é fruto tão somente da invenção do Estado de Direito e da Separação de Poderes e de que, desde então, sua trajetória é de puro sucesso na empreitada de controle do aparato estatal; muito ao contrário, seu desenvolvimento não foi linear, nem representou o bem-intencionado empreendimento social de controle da Administração Pública¹⁴. Na verdade, o direito administrativo foi muito mais resultado de conflitos travados dentro do próprio Estado, sobretudo entre o Parlamento

¹² Odete Medauar, *Direito Administrativo moderno*, 2016, p. 53.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Gustavo Binembojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2014, p. 9-10.

e os novos detentores do Poder Executivo – daí seu viés estrutural.

Não pode ser ingênua, portanto, a leitura histórica quanto ao nascimento do direito administrativo, que não serviu, desde o início, para proteger o cidadão do autoritarismo estatal. Essa foi apenas uma de suas faces, mais consequência do que motivação, pois, como dito, o direito administrativo foi mais obra da disputa pragmática pelo poder do que qualquer outra coisa.

Entre cotoveladas e braçadas, os novos detentores do Estado lutavam ora pelo protagonismo do Parlamento – do que veio a legalidade administrativa - ora por maior ativismo do Poder Executivo – que nos legou a ideia de prerrogativas públicas e de exorbitância do direito da Administração Pública. Nessa disputa se saiu muito bem a burocracia estatal, que encontrou na jurisdição administrativa o espaço ideal para a construção de suas próprias categorias jurídicas.

Em outras palavras, ao se colocar como juiz de suas próprias causas, percebeu a Administração Pública que seria muito mais simples construir seu próprio direito – de exorbitância, diga-se - do que superar eventual resistência do Parlamento por maior destaque administrativo. Não é à toa que era estritamente jurisprudencial o direito administrativo francês da época, sendo protagonizado, em sua construção teórica, pelo Conselho de Estado – órgão de cúpula da jurisdição administrativa da França. Dele são as primeiras formulações sobre prerrogativas públicas (*puissance publique*), serviços públicos, contratos administrativos e discricionariedade administrativa. Portanto, foi a disputa entre poderes na França pós-revolucionária que embalou o surgimento de diversas categorias administrativas, tendo dentre elas a discricionariedade¹⁵.

Essa breve divagação histórica tem apenas um propósito: demonstrar que a discricionariedade foi gerada pela Administração Pública e em seu próprio favor. Sua genética, portanto, está marcada pelo estruturalismo, que é o enfoque dado às categorias jurídico-administrativas a partir da perspectiva estatal. Pensar o direito administrativo pelo viés estruturalista, como dito, implica na construção de conjunto normativo voltado ao próprio aparato administrativo, muitas vezes de costas para as necessidades da sociedade. O objetivo

¹⁵ Fernando Dias Menezes de Almeida, *Contrato administrativo*, 2012, p. 31.

do direito, segundo essa linha de pensamento, é dotar a Administração Pública de prerrogativas que permitam seu bom funcionamento, mesmo que as consequências de uma ou outra medida não sejam as melhores para o conjunto da sociedade. O foco, portanto, é a própria burocracia estatal.

É bem verdade que, nos últimos anos, a discricionariedade passou por influxos democráticos, que a distanciou de sua origem estrutural. O giro democrático-constitucional mudou o eixo da discricionariedade, que já deixou de ser a irrestrita liberdade de escolha que era entregue à Administração Pública; hoje, também a atuação discricionária se submete ao direito¹⁶ – e às instituições responsáveis por criá-lo e aplicá-lo -, demandando de quem a exerce a devida motivação quanto às suas escolhas¹⁷.

Não é o caso de discutir, aqui, o convívio tortuoso entre o exercício da discricionariedade e as instâncias de controle, nem detalhar a trajetória dessa relação. O importante é pontuar que a discricionariedade, atualmente, já não representa mais a intangibilidade dos juízos de conveniência e oportunidade feitos pela Administração Pública ou a existência de “ilhas de imunidade decisória” frente aos possíveis controles institucionais ou sociais. Bem diferente disso, a discricionariedade, que continua como espaço de atuação preferencial da Administração Pública, é a prerrogativa de se optar por uma dentre as diversas alternativas permitidas pelo direito.

O direito administrativo, então, passou a considerar a possibilidade de limitação da atuação discricionária, que não é a permissão para o gestor decidir como bem entender. O exercício dessa prerrogativa, além de racional, deve orientar-se pelo sistema de direitos fundamentais, seja como limite de atuação, seja como conjunto normativo a ser efetivado. Constatada qualquer ilegalidade ou irracionalidade – que também é um defeito jurídico -, autorizadas estarão as instâncias de controle para atuar e invalidar a atuação da Administração Pública – como ocorre, por exemplo, nos casos de desvio de finalidade¹⁸.

¹⁶ Gustavo Binembojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2014, p. 211-212.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2017, p. 104-105.

¹⁸ O desvio de finalidade, ou desvio de poder, caracteriza-se pelo exercício de atribuição administrativa para a realização de finalidade diversa daquela imposta pelo direito. Tal desvio pode ou não ser dotado de má-fé, o que é irrelevante

No entanto, ainda que distante de seu passado de “intangibilidade”, a discricionariedade ainda padece de seu vício original, que é seu excessivo enfoque estrutural. Herança genética que a acompanha desde seu nascimento, o viés estrutural impede que a discricionariedade seja pensada – e aplicada – a partir da função que possui a contemporânea Administração Pública, que, como dito, é servir ao desenvolvimento do ser humano, por meio da efetivação dos direitos fundamentais.

O caminho, então, é alterar o enfoque da discricionariedade, que deve abandonar o viés estrutural e adotar o viés funcional. Nessa nova perspectiva, a discricionariedade deixaria de ser pensada como prerrogativa – ainda que limitada – e passaria a ser encarada como dever, o dever de se buscar a melhor decisão num caso concreto.

4 Por uma discricionariedade funcional e a serviço da cidadania

O presente tópico trata do ponto mais relevante deste artigo, que é a necessidade de funcionalização da discricionariedade, tendência, aliás, que deveria alcançar todo o direito administrativo.

“Funcionalizar” categorias administrativas é construí-las em torno da noção de dever. Isto porque o exercício das prerrogativas públicas não ocorre em nome próprio, nem para a satisfação da própria vontade; muito ao contrário, o gestor público exerce função delegada pela sociedade, para a ela servir. Eventual prerrogativa – se for essa a melhor nomenclatura – só se legitima enquanto estiver a serviço da cidadania, não podendo servir à efetivação da vontade do gestor ou da própria Administração Pública – que também possui seus interesses específicos.

O enfoque funcional do direito administrativo, já explicado anteriormente, teria o papel de deslocar o eixo da Administração Pública, que passaria, então, a ter seu funcionamento baseado na lógica dos deveres e obrigações que possui perante a sociedade. Seria esse o giro funcional do direito

para a aferição da ilegitimidade da atuação administrativa. O surgimento da teoria deu-se na França, pelo Conselho de Estado, em meados do século XIX (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2017, p. 56 – 61).

administrativo. Isso já foi dito lá atrás. Agora, como envolver a discricionariedade nesse movimento de funcionalização?

Num primeiro momento, é importante compreender que, segundo o viés funcional, a discricionariedade deixa de ser prerrogativa e passa a ser ferramenta de atuação. Parece mera mudança terminológica; mas não é. Palavras carregam muitos símbolos e representam o conjunto ideológico que as justificam. Não é por acaso, por exemplo, que o cidadão foi por muito tempo chamado de “administrado”, em clara demonstração de assimetria e submissão frente ao Poder Público.

Dessa forma, trocar “prerrogativa” por “ferramenta” é muito mais que disputa por palavras vazias; é querer implementar a visão de que a Administração Pública está a serviço da cidadania, e não o oposto. Na verdade, é inaceitável que a Administração Pública busque a exclusiva satisfação de seus próprios interesses, ainda que legítimos, pois, como dito inúmeras vezes, sua função é realizar direitos fundamentais – isto é, implementar a plena cidadania. Se sua atuação não seguir nessa direção, ilegítima será.

E como colocar a discricionariedade a serviço da cidadania? Simples: entendendo-a como o dever de se buscar a melhor decisão, a mais eficiente, diante de um caso concreto. Também parece ser mudança pouco significativa em relação ao que já se diz atualmente sobre a discricionariedade administrativa. No entanto, a meu ver, possui potencial revolucionário, pois impõe à Administração Pública o dever de considerar todas as alternativas possíveis, para, dentre elas, optar pela mais adequada. A discricionariedade, portanto, deixa de ser a prerrogativa de se optar por uma entre as diversas alternativas permitidas pelo direito e passa a ser o dever de se buscar, diante de um caso concreto, a melhor decisão – aquela que mais realiza a finalidade imposta pelo direito em cada situação.

Essa visão, que não é nova¹⁹, é perfeitamente compatível com o enfoque funcional da Administração Pública,

¹⁹ Já na década 1990, Celso Antônio Bandeira de Mello formulava suas noções de direito administrativo em torno da noção de dever, criticando as construções dogmáticas que tentavam fixar as bases do direito administrativo sobre a noção de poder. Para Celso Antônio, de modo equivocado, “quer-se articular os institutos do direito administrativo, - inobstante ramo do direito público – em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de

pois preenche a discricionariedade com a noção de dever, eixo em torno do qual deveria girar o direito administrativo contemporâneo. Nessa perspectiva, o exercício da discricionariedade só será legítimo – e permitido pelo direito – quando a Administração Pública demonstrar, por meio do devido processo²⁰, que aplicou todos os esforços razoáveis em busca da melhor decisão, mesmo que o resultado não tenha sido o desejado. As expectativas podem até ser frustradas, mas jamais por negligência ou insuficiência na atuação administrativa.

Assim, mais do que optar pelas diversas alternativas permitidas pelo direito, a atuação discricionária representará a busca pela melhor decisão, isto é, aquela que atenda de modo mais satisfatório, em determinada situação, os interesses da sociedade e as finalidades impostas pelo direito.

Um exemplo pode ajudar na compreensão do meu argumento. Quando do término de uma licitação, sob a perspectiva da conveniência administrativa, duas opções surgem para a Administração Pública: homologar ou revogar o procedimento. Tradicionalmente, enxerga-se nessa dualidade de escolhas o exercício da discricionariedade²¹, pois, como ambas as opções são permitidas pelo direito, caberia ao gestor apenas optar por uma delas, desde que motivada sua decisão. Nesse caso, o controle só poderia atuar diante de eventual ilegalidade na decisão, como, por exemplo, ocorreria no desvio de finalidade. Isto porque, se permitida pelo direito, qualquer decisão é possível à Administração Pública.

No entanto, sob a perspectiva funcional – de que a discricionariedade é o dever de se buscar a melhor decisão –, à Administração Pública caberia explicar por que uma opção é melhor que a outra, podendo as instâncias de controle invalidarem a decisão administrativa que não tenha se desincumbido desse ônus.

Apesar de se tratar de exemplo mais simples, que envolve decisão entre duas alternativas, citá-lo é importante para demonstrar que a discricionariedade exige da Administração Pública a busca pela decisão mais adequada, que melhor

‘dever’, de finalidade a ser cumprida” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2017, p. 14-15).

²⁰ A importância do processo nesse conceito funcional de discricionariedade será destrinchada no tópico 5 deste artigo.

²¹ Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação Pública*, 2015, p. 401-402.

satisfaça os interesses envolvidos numa dada situação. Há diversas outras situações em que esse dever se torna bem mais complexo, por envolver diversas alternativas válidas - como é o caso das políticas públicas, que hoje representam o grande *locus* da discricionariedade administrativa²². No entanto, mesmo nesses casos, o que cabe à Administração Pública é buscar a melhor decisão, coletando evidências e elementos técnicos, permitindo a participação intensa da sociedade e, ao final, explicando, a partir do conjunto obtido, por que entende ser essa, e não aquela, a melhor decisão para a realização dos direitos fundamentais envolvidos.

Portanto, uma discricionariedade funcionalizada é muito mais que a prerrogativa de optar por uma entre as diversas alternativas permitidas pelo direito. Na verdade, é demonstrar que a sua decisão é a melhor dentre as diversas possíveis. A discricionariedade é um dever, e não uma prerrogativa. Ao menos, assim que deveria ser.

5 O papel do processo administrativo na funcionalização da discricionariedade

Disse mais acima que, sob a perspectiva funcional, a discricionariedade é o dever que possui a Administração Pública de, diante de um caso concreto, buscar a melhor decisão. Como não há faculdade pública que possa ser exercida em nome próprio e para a satisfação da própria vontade – mas sempre em favor da sociedade -, o mais adequado é tratar a discricionariedade como ferramenta (“dever”), e não como prerrogativa. Essa noção é a mais compatível com o novo marco humanista do direito administrativo, que serve – ou deveria servir - como instrumento de desenvolvimento humano²³.

A partir dessa definição, nota-se que a legitimidade da discricionariedade tem mais a ver com seu modo de exercício do que com o resultado obtido. Ainda que o resultado seja relevante – e realmente o é²⁴ -, o fundamental é que a Administração Pública se esforce na busca pela melhor decisão. Essa

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 138.

²³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *O Direito Administrativo no século XXI*, 2018, p 135.

²⁴ Ver Rodrigo Pagani Souza, *Em busca de uma administração pública de resultados*, 2016.

empreitada, que, apesar de correta, não é simples, depende da coleta de evidências científicas - subsídios técnicos - e da ponderação dos interesses que podem ser atingidos pela decisão administrativa. Nesse sentido, é impossível que a melhor decisão seja alcançada de modo solitário e unilateral pela Administração Pública; para decidir bem, da melhor forma, é necessário dialogar. Por isso que, para a completa funcionalização da discricionariedade, é importante que outro movimento ganhe a gestão pública de uma vez por todas, que é a “processualização”.

Se é verdade que a discricionariedade deve representar a busca pela melhor decisão, passa a ser essencial o processo que antecede seu exercício. Como decidir bem sem instrução anterior que tente captar todos os interesses envolvidos e o conhecimento técnico já existente sobre o assunto enfrentado? À pergunta, que é meramente retórica, respondo que não é possível. Ganha protagonismo, então, o processo no cotidiano da Administração Pública.

A “processualização” é paradigma já consolidado do direito administrativo contemporâneo²⁵. Não há, na literatura especializada, quem se oponha seriamente à sua completa introdução no cotidiano da Administração Pública – ainda falta a consolidação desse paradigma na praxe administrativa. O processo administrativo, de uma vez só, efetiva direitos fundamentais – como o contraditório, por exemplo -, democratiza a atividade administrativa e permite que a decisão final se dê em bases técnicas mais sólidas²⁶.

A função do processo administrativo, na atuação discricionária, pode ser mais bem compreendida a partir dos exemplos antes apontados. No caso da decisão sobre a revogação de uma licitação, é imprescindível que sejam ouvidos os licitantes – a depender da fase do procedimento licitatório, só o licitante vencedor -, de modo a permitir a consideração e ponderação de todos os interesses e perspectivas que possam influenciar na decisão administrativa. Ao final, depois de ouvidos os interessados, a Administração Pública deve justificar por que a sua opção é a melhor para o caso concreto. Aliás, é assim que

²⁵ Sobre as premissas dogmáticas e a relevância desse movimento no direito administrativo contemporâneo, Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2018, capítulo III, Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, 2017, item 6.2.

²⁶ Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2018, p. 169-172.

já entende o Tribunal de Contas da União (TCU)²⁷, ainda que não use como justificativa dessa exigência a ideia proposta neste artigo – o dever de se buscar a melhor decisão. Em suas decisões, o TCU tem se apegado exclusivamente à necessidade de se respeitar o contraditório – sob a perspectiva individualista desse direito fundamental -, o que não deixa de ser função relevante do processo administrativo. A essa visão, no entanto, acrescento que o processo também permite à Administração Pública a coleta de dados e perspectivas que possam auxiliar na busca pela melhor decisão, não servindo apenas como meio de proteção dos indivíduos – e de controle do Poder Público.

No caso de uma política pública - outro exemplo antes citado - o processo administrativo se faz ainda mais relevante. Isto porque, como dito antes, a formulação de uma política pública é campo fértil para a atuação discricionária da Administração Pública, pois, em geral, o ordenamento não impõe caminhos específicos para a realização de direitos fundamentais, apenas fixando objetivos e diretrizes gerais; a princípio, qualquer caminho pode ser escolhido²⁸.

Como resolver, por exemplo, o déficit de vagas em creches infantis? Alugar vagas diretamente em creches particulares, celebrar parcerias com organizações da sociedade civil, construir equipamentos públicos ou distribuir *vouchers* pela população? A melhor alternativa pode variar bastante a depender da realidade de cada Município. Não dá para saber, de antemão, qual caminho seguir, já que inexistente uma regra jurídica que

²⁷ Para exemplificar o entendimento do TCU, segue trecho da ementa do Acórdão nº. 455/2017 – Plenário: RELATÓRIO DE AUDITORIA. MODELO PREDITIVO. FISCALIZAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. REVOGAÇÃO DE CERTAME SEM OBSERVÂNCIA AS LIMITAÇÕES LEGAIS. REPASSE INDEVIDO DA CONTA CORRENTE ESPECÍFICA DE CONVÊNIO PARA CONTA DE OUTRO ÓRGÃO. CIÊNCIA. 1. A revogação de certame licitatório, seja nas modalidades previstas na Lei 8.666/1993 seja na modalidade pregão, deve observar os seguintes requisitos: a) fato superveniente que tenha transfigurado o procedimento em inconveniente ou inoportuno; b) motivação; e c) contraditório e ampla defesa prévios, conforme dispõem o art. 49, caput, e § 3º, da Lei 8.666/1993 c/c art. 9º da Lei 10.520/2002. 2. Constatada a ocorrência de fato superveniente capaz de suportar o desfazimento do processo licitatório por inconveniência e/ou inoportunidade, a Administração deve comunicar aos licitantes a intenção de revogação, oferecendo-lhes direito ao contraditório e à ampla defesa prévios, em prazo razoável, para que defendam a licitação deflagrada e/ou demonstrem que não cabe o pretendido desfazimento, antes de a Administração tomar a decisão de forma motivada [...].

²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariade administrativa na Constituição de 1988*, p. 138.

imponha ou que proíba um ou outro modelo – isto é, não há vinculação administrativa²⁹. No entanto, o que se pode afirmar é que a melhor decisão só será tomada a partir de processo administrativo que permita ampla discussão e coleta de dados técnico-científicos. Assim, seria imprescindível, em situações como essa, a oitiva dos interessados – sindicatos de professores e associações que cuidem dos interesses dos pais e das mães, por exemplo -, a intervenção de órgãos técnicos, públicos e privados, e a consideração de todas as evidências científicas então existentes. Sem esse itinerário, que só pode ocorrer mediante processo administrativo bem instruído, a busca pela melhor decisão torna-se impossível – e ilegítima a atuação discricionária da Administração Pública.

Evidente que o trâmite do processo administrativo deve compatibilizar-se com as peculiaridades de cada caso. Decisões urgentes, por exemplo, podem prescindir de processo mais denso e prolongado; de igual forma, decisões mais simples podem ser tomadas a partir de consultas mais rápidas a órgãos técnicos ou a quem diretamente interessado. O que não pode ocorrer, jamais, é a percepção de que a Administração Pública é capaz, sozinha, de tomar a melhor decisão. Ninguém é bom demais; ninguém é bom sozinho. É urgente que também a Administração Pública perceba essa verdade.

Em linhas gerais, então, para que a atuação discricionária da Administração Pública seja legítima, sob a perspectiva funcional, é imprescindível que o processo ganhe protagonismo na praxe administrativa. Não é possível buscar a melhor decisão – a função da discricionariedade – sem o devido processo administrativo, o que faz da “processualização” um dos principais movimentos do direito administrativo contemporâneo. Discricionariedade não é a liberdade para decidir de qualquer jeito. Muito ao contrário, a atuação discricionária só se legitima se representar, de fato, a busca pela melhor decisão, o que, necessariamente, passa pela consolidação do paradigma do devido processo administrativo.

6 A repercussão do giro funcional no controle da atividade discricionária

²⁹ Idem.

A funcionalização da discricionariedade não altera apenas seu conceito e modo de exercício; o respectivo controle também será impactado. Aliás, ficaria bastante desfalcada a divagação sobre a discricionariedade se não contasse com alguns comentários sobre o controle da atividade administrativa, já que temas diretamente ligados.

Aliás, a própria história da discricionariedade pode ser contada pela perspectiva do seu controle. Enquanto considerada espaço de ampla liberdade decisória da Administração Pública, ao controle nada cabia fazer, pois intangível, ou insindicável, o mérito administrativo – juízo de conveniência e oportunidade. Em resposta à legalidade recém-surgida, a discricionariedade representara “ilhas de imunidade” decisórias³⁰, com ampla liberdade para a atuação estatal.

À medida que a discricionariedade foi juridicizada, seu controle passou a ganhar protagonismo. O motivo é simples: se o direito começa a constranger a atividade discricionária da Administração Pública, impondo limites e condições ao seu exercício, é natural que os órgãos de aplicação do direito também se metam no mérito administrativo, fazendo com que esses limites e condições sejam efetivamente observados³¹. O desvio de finalidade é bom exemplo desse incremento no controle da discricionariedade, pois representa muito bem a afirmação do direito sobre a atuação discricionária da Administração Pública – e o fim do personalismo na condução da coisa pública.

O que se inicia como intangibilidade do mérito administrativo, e aos poucos ganha temperamentos de controle jurídico, agora passa por uma fase de muita confusão e excessos³². O sistema atual de controle da atividade administrativa tem sido marcado pela falta de coordenação e modéstia, pois, além de serem muitos – e com muitas funções –, os órgãos de controle, atualmente, têm substituído os personalismos dos gestores pelas suas próprias idiossincrasias³³.

³⁰ Gustavo Binembojm, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2014, p. 207-209.

³¹ Idem.

³² Marcos Augusto Perez, *Controle da Discricionariedade Administrativa*, 2017.

³³ Sobre a necessidade de maior responsabilidade decisória dos órgãos controladores, Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, 2018, capítulo 8. Lá, Carlos Ari Sundfeld foca suas críticas ao Judiciário; no entanto, suas impressões e sugestões são perfeitamente aplicáveis a qualquer órgão de controle.

Não é o caso, aqui, de discutir o atual cenário do sistema de controle – Judiciário, Tribunais de Conta, Ministério Público etc. -, nem de pensar na melhor forma de coordenar os diversos órgãos responsáveis por essa função. Meu objetivo, agora, é apontar o caminho que o controle pode trilhar com a funcionalização da discricionariedade. Nesse sentido, é preciso formular, de modo adequado, o espaço do controle da atividade administrativa num ordenamento que deve considerar a discricionariedade como o dever que a Administração Pública possui, diante de um caso concreto, de buscar a melhor decisão.

A função dos órgãos de controle, diante das decisões discricionárias da Administração Pública, é o de aferir a respectiva legitimidade – isto é, sua compatibilidade com o direito. Isto não se dará mais com a mera análise dos elementos do ato administrativo³⁴, como tradicionalmente se afirmava³⁵. Na verdade, diante da nova dinâmica da atuação discricionária, sobretudo da necessidade de sua funcionalização, a legitimidade deve ser apreciada, agora, pela perspectiva do seu modo de exercício - perspectiva muito mais abrangente e dinâmica que aquela focada nos elementos do ato administrativo.

Em outras palavras, além de analisar a observância da competência, da forma e da finalidade – aspectos previstos no direito positivo -, aos órgãos de controle caberá aferir se a Administração Pública realmente se esforçou na busca pela melhor decisão. A atenção dos órgãos de controle, então, deve recair muito mais sobre o processo que antecedeu a decisão discricionária do que sobre o resultado dessa atuação – ainda que este seja relevante³⁶. Se todo o itinerário for seguido pela Administração Pública, com a devida consideração dos interesses envolvidos e com a adequada coleta de evidências científicas e de conhecimento técnico, dificilmente haverá espaço para atuação dos órgãos de controle, que não possuem a expertise institucional para substituir, unilateralmente, uma decisão que foi tomada a partir de processo racionalmente instruído.

³⁴ É a partir do artigo 2º da Lei Federal nº. 4717/65 (Lei da ação popular) que a literatura elenca os elementos do ato administrativo. Ainda que pouco útil atualmente – com o abandono gradual da doutrina do ato administrativo – e que não haja consenso em torno da sua classificação, o referido dispositivo permite compreender como elementos do ato administrativo a competência, a forma, o objeto, os motivos e a finalidade.

³⁵ Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2016, p. 266.

³⁶ Rodrigo Pagani Souza, *Em busca de uma administração pública de resultados*, 2016.

Nessa perspectiva, aos órgãos de controle cabe impor a racionalidade que é exigida pela discricionariedade “funcionalizada”. Dessa forma, seu objetivo é invalidar decisões discricionárias (i) que não sejam antecedidas pelo devido processo administrativo – quando necessário que assim acontecesse; (ii) que, apesar de precedidas do adequado processo, desconsiderem o conjunto de elementos coletados; ou (iii) que afronte a finalidade que o próprio direito impôs a essa ou àquela atuação (desvio de finalidade).

As hipóteses de atuação dos órgãos de controle podem ser mais bem compreendidas a partir de alguns exemplos. Sobre a hipótese (i), posso citar a edição de norma regulatória, por agência reguladora, que não conte com processo que a anteceda. Por se tratar de decisão complexa, a exigência de instrução anterior é evidente; se tomada sem a oitiva dos interessados – e a ponderação dos respectivos interesses envolvidos -, tal decisão representa clara insuficiência na busca pela melhor solução. Neste caso, é permitida a invalidação pelas instâncias de controle.

Outro exemplo, agora ligado à hipótese (ii), é a formulação de política pública que, apesar de ser precedida de amplo debate e coleta de evidências científicas – por meio do devido processo -, resulte em decisão claramente contrária ao conjunto de conhecimento técnico produzido junto à Administração Pública. Neste caso, a ilegitimidade da decisão administrativa está na sua incongruência com a instrução que a subsidiou. Ao desconsiderar ou contrariar o conhecimento coletado na fase processual, a Administração Pública deixa de demonstrar que buscou a melhor solução.

Todavia, esta hipótese demanda maior cautela. Isto porque a invalidação da decisão discricionária, para que seja legítima, deve ocorrer em situações de clara incongruência entre o que decidido pela Administração Pública e a instrução processual antecedente. Não é o caso de se invalidar decisão administrativa com a qual não se concorde. O papel dos órgãos de controle, reitero, é o de impor a devida racionalidade na busca pela melhor solução em cada caso, e não o de impor seu próprio juízo quanto à melhor alternativa a ser seguida.

Na hipótese (iii), a tarefa é mais simples, já que é situação há muito aceita pelos Tribunais de Contas, pelo

Judiciário e pela literatura especializada³⁷. Diversos são os exemplos de desvio de finalidade³⁸; fico, aqui, com o exemplo da desapropriação de imóvel que, a pretexto de ser útil a alguma política pública, serve, na verdade, para prejudicar eventual desafeto do gestor da vez³⁹. Se a motivação é outra que não a realização da finalidade imposta pelo direito, fica evidente que a Administração Pública se afastou da busca pela melhor decisão, o que deve levar à invalidade da sua atuação.

Portanto, o papel dos órgãos de controle, diante de uma discricionariedade funcionalizada, é o de invalidar decisões que não resultem da efetiva busca pela melhor solução administrativa. Mais uma vez, essa busca se dará pela adequada instrução do processo administrativo, sem o quê qualquer decisão padecerá do vício da irracionalidade – e da ilegitimidade. Se para decidir bem é preciso coletar dados, informações e interesses, será irracional e ilegítimo qualquer cenário que fuja desse itinerário.

Assim, passa a ser jurídico – e, portanto, passível de invalidação – o problema da ausência de processo administrativo, já que, na perspectiva funcional da discricionariedade, sua instauração é exigência imposta pelo direito⁴⁰. Caso a Administração Pública demonstre ter buscado, de modo efetivo, a melhor decisão – por meio do processo administrativo -, aos órgãos de controle caberá a deferência institucional, ainda que os resultados não sejam os esperados.

Aliás, um comentário sobre a deferência. Ser deferente, sob a perspectiva funcional, não representa a aceitação irrestrita, por um poder, de decisão tomada por outro. A deferência tem vez e lugar quando o poder inicialmente responsável por uma decisão atuar de modo racional e coerente. Portanto, não é apriorística (*prima facie*), mas sempre posterior – isto é, depois de apreciado e aceito o caminho seguido até a decisão. A

³⁷ Marcos Augusto Perez, *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*, 2018, p. 138-139.

³⁸ Muitos exemplos são apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello em *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2017, capítulo II.

³⁹ Importante pontuar que, no meu exemplo, entendo como discricionária a escolha do imóvel que será desapropriado pela Administração Pública, já que inexistente norma jurídica que obrigue a desapropriação de imóvel específico.

⁴⁰ Marcos Augusto Perez, *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*, 2018, p. 264.

deferência e o ativismo – seu antípoda – não são ruins em sua essência; legitimam-se segundo as circunstâncias específicas do processo decisório que envolve a Administração Pública. Quando deficitário esse processo decisório, é correta a atuação mais incisiva dos órgãos de controle. Por outro lado, quando racional e envolto em amplo debate, técnico e político, deve haver deferência pelas instâncias controladoras.

Dessa forma, no caso da discricionariedade administrativa, se demonstrado pela Administração Pública que houve efetivo esforço na busca pela melhor decisão, a atuação administrativa deve ser mantida, ainda que frustradas as expectativas por ela criadas. Neste caso, é a deferência dos órgãos de controle que se impõe. O resultado insatisfatório não representa, por si só, incompatibilidade com o direito. Não se deve exigir da Administração Pública juízos de certeza infalíveis. O que se espera é a efetiva busca pela melhor decisão, aquela que, a um só tempo, efetive direitos fundamentais, respeite a ciência e pondere os diversos interesses envolvidos.

7 Conclusão

Nenhum artigo acadêmico é capaz de esgotar as discussões sobre seu objeto, por melhor que seja. Todo acadêmico deve – ou deveria - manter a modéstia em seus propósitos.

Nesse sentido, minha pretensão neste artigo não é exaurir a discussão em torno da discricionariedade administrativa. Na verdade, meu propósito é o oposto. Ao sugerir mudanças no conceito, modo de exercício e controle da discricionariedade, pretendo recolocar a referida categoria jurídica na pauta da literatura acadêmica. Apesar de ferramenta relevante para a gestão pública e de presença constante nos plenários de instâncias controladoras país afora, ela mesma não tem sido muito discutida. Se esse cenário mudar a partir de agora, já considero exitoso meu trabalho, ainda que não sejam as minhas as ideias que ganhem as ruas. Oxalá a própria discricionariedade, e não apenas seu controle, volte à agenda dos publicistas.

Aliás, outros assuntos podem ser desenvolvidos e é importante citá-los. A relação da discricionariedade com os conceitos jurídicos indeterminados e a nomeação para cargos políticos, por exemplo, são temas que dependem de maior

amadurecimento acadêmico. O lugar e a vez da discricionariedade é outro assunto que ainda aguarda por um autor ou autora.

No entanto, mesmo que outros temas ainda possam e mereçam ser mais desenvolvidos e outras abordagens adotadas, minha ideia neste artigo é muito clara. Pretendo arrumar a discricionariedade em novas bases dogmáticas, de modo a construí-la a partir da noção de dever, e não de poder ou prerrogativa. Esse seria seu giro funcional, que colocaria a discricionariedade a serviço da cidadania, e não da própria Administração Pública.

Nessa perspectiva, a discricionariedade deixa de ser a faculdade de se optar por uma entre as diversas alternativas permitidas pelo direito, passando a ser o dever de se buscar a melhor decisão. Somente assim, a meu ver, é possível impor a devida racionalidade à atuação discricionária da Administração Pública, obrigando-a, por meio do devido processo, a efetivar direitos fundamentais, a ponderar os diversos interesses existentes e a respeitar a ciência em suas decisões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOCKMANN MOREIRA, Egon; VERNALHA GUIMARÃES, Fernando. **Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. In: Carlos Ari Sundfeld; Guilherme Jardim Jurksaitis. (Org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. 1ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, v. 1, p. 353-415.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 20 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Discricionariedade Administrativa. In: Marcos Augusto Perez; Rodrigo Pagani de Souza. (Org.). **Controle da Administração Pública**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, v. 1, pp. 63-82; pp. 39-61.

_____. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das**

decisões administrativas. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 359 p. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari., **Direito Administrativo para Céticos.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.