

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA
CLAYTON GOMES DE MEDEIROS

DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL:
BREVES ELEMENTOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO

CURITIBA

2015

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS

**DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL:
BREVES ELEMENTOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de mestre do Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil.

Orientadora: Prof.^a Dra.^a Adriana da Costa Ricardo Schier.

CURITIBA

2015

M488

Medeiros, Clayton Gomes de.

Da boa administração pública – princípio e direito fundamental: breves elementos para
para sua concretização. / Clayton Gomes de Medeiros. - Curitiba: UniBrasil, 2015.

132p.; 29cm.

Orientadora: Adriana da Costa Ricardo Schier.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado
em Direitos Fundamentais e Democracia, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos Fundamentais. 3. Administração Pública.
4. Princípio da Boa Administração Pública. 5. Direito Fundamental à Boa Administração
Pública. I. Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Mestrado em Direitos
Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS

**DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL:
BREVES ELEMENTOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Dra.^a Adriana da Costa Ricardo Schier - Orientadora
UNIBRASIL – Centro Universitário Autônomo do Brasil

Prof.^a Dra.^a Eneida Desiree Salgado - Membro
UFPR - Universidade Federal do Paraná

Prof.^a Dra.^a Estefânia Maria de Queiroz Barboza - Membro
UNIBRASIL – Centro Universitário Autônomo do Brasil

Prof.^o Dr. Daniel Wunder Hachem - Membro
UFPR - Universidade Federal do Paraná
PUC PR - Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 03 de março de 2015.

Dedicatória

*Ao meu porto seguro, grande amor da minha vida: **Cleide Maria Gomes de Carvalho**, minha mãe-amiga, mulher guerreira, exemplo de vida, sinônimo de amor, carinho e honestidade. Se alguma verdadeira qualidade eu tiver, devo a ela. Se outra vida houver, sem dúvida, que não teria honra maior nos encontrarmos em outra história. Sem ela eu nada seria.*

*Às minhas irmãs **Paula Gomes Spinelli** e **Patricia Gomes de Medeiros** pelo amor, encorajamento, amizade e por me darem meus novos amores **Gabriel Gomes de Oliveira** e **Leonardo Gomes Spinelli**, sem esses abraços, sorrisos, palavras amorosas a vida não teria a graça e o brilho que tem.*

Aos meus amigos pelo carinho, dedicação e compreensão em nossas caminhadas conjuntas, apoio em minhas escolhas, pela força em todos os momentos de minha jornada.

À minha família que longe ou perto me apoia com carinho, amor e compreensão.

A todos os meus mestres que me despertam inquietações, me inspiram e me conduzem em meus passos acadêmicos e pela vida.

Aos meus alunos que me estimulam e também me ensinam. Que eu possa ser melhor e mais consciente na concretização de minha opção de utilidade na vida.

Agradecimentos

*Agradeço inicialmente à professora **Rosalice Fidalgo Pinheiro** pelo exemplo de conduta acadêmica e pelo voto de confiança depositado, espero não ter decepcionado muito. Obrigado.*

*Especial agradecimento à professora **Adriana da Costa Ricardo Schier** pela dedicação, apoio em minha pesquisa, pela confiança, pelo precioso tempo dispendido, pelas horas e horas de conversas e debates sobre o trabalho, por toda a bibliografia cedida, pelo brilhantismo e leveza no trato, pelo sorriso e verdadeira amizade que aí reconheço, por aceitar a condução e orientação final de nossa dissertação. Em muitos momentos não segurou minha mão, me carregou no colo.*
Obrigado.

*Agradeço imensamente à professora **Eneida Desiree Salgado** por aceitar orientar meu projeto inicial de dissertação, pela elevação do nível da pesquisa, pela condução de meu estágio docente, pelo precioso tempo dispendido lendo e corrigindo meus escritos, por todo o apoio na banca de qualificação, por ter sido fundamental na construção deste trabalho. Obrigado.*

*Agradeço aos Professores **Paulo Ricardo Schier** e **Estefânia Maria de Queiroz Barboza**, pela leitura, carinho, atenção e inestimáveis contribuições feitas durante a*

banca de qualificação e nas diversas oportunidades de aprendizado dentro e fora da sala de aula, grandes exemplos e mentores. Obrigado.

*Agradeço aos professores e professoras **Ana Carla Harmatiuk Matos, Rosalice Fidalgo Pinheiro, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Marcos Augusto Maliska, Eneida Desiree Salgado, Octavio Campos Fischer, Laura Jane Ribeiro Garbini Both, Eduardo Biacchi Gomes, Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier**, meus mestres que me conduziram em minhas atividades acadêmicas no programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, me abriram os olhos, me permitiram conhecer novas leituras e debates, contribuíram abundantemente na produção deste trabalho e na minha formação acadêmica e pessoal, tenho nestes grandes mestres um modelo, uma referência a seguir. Obrigado.*

*Agradeço às solícitas e eficientes colaboradoras e amigas do PPGD do UniBrasil **Rafaela Matos e Giselle Pereira** pelo trato irretocável, apoio em meus infindáveis pedidos de ajuda, pela sempre cordial e amistosa atenção. Obrigado.*

*Agradeço ao amigo **Daniel Wunder Hachem** pelo vasto material cedido, por ser brilhante professor, pesquisador e solícito amigo que compartilha seus conhecimentos e faz com que a pesquisa seja um ambiente de crescimento e debates amistosos em prol de um bem maior. Obrigado.*

*Agradeço à amiga **Andréa Roloff** por se dispor a revisar em tão pouco tempo o trabalho desenvolvido, e que muitas contribuições e melhorias trouxe. Obrigado.*

*Agradeço à **Scheila Barbosa dos Santos, Igor Fernando Ruthes, Sabrina Kompatscher, Camila Sailer Rafanhim de Borba, Hanslilian Correia Cruz Rodrigues, José Carlos do Nascimento, Carlos Antonio Lesskiu, Daniel de Oliveira Godoy Junior, Carlos Giovani Pinto Portugal, Andréa Arruda Vaz, Aline Ferreira Montenegro, Ana Paula Pellegrinello, Alessandra Back, Geisla Aparecida Van Haandel Mendes, Francelize Alves Morking, Heletícia Leão de Oliveira, Sandra Dias** e demais amigos que conheci e reconheci no Mestrado, que compartilharam diversos momentos de alegrias e angustias, e que desde os primeiros instantes me acolheram em Curitiba proporcionando momentos incríveis e inesquecíveis. Obrigado.*

*Agradeço aos amigos da Universidade do Contestado pelo apoio antes e durante a jornada do Mestrado, especialmente **Mariza Schuster Bueno** e **Clarice Gaudêncio**.*

Não poderia ser injusto e não agradecer por todas as adversidades, complicações, inseguranças, dores e lágrimas (e não foram poucas) que me foram apresentadas durante a jornada do Mestrado, estas me fizeram mais forte, agradeço a quem me proporcionou tudo isto na forma de pseudo-amor.

Sem a contribuição das pessoas aqui mencionadas, e muitas outras não mencionadas, este trabalho não seria possível.

“Dizem que antes de um rio entrar no mar, ele treme de medo. Olha para trás, para toda a jornada que percorreu, para os cumes, as montanhas, para o longo caminho sinuoso que trilhou através de florestas e povoados, e vê à sua frente um oceano tão vasto, que entrar nele nada mais é do que desaparecer para sempre. Mas não há outra maneira. O rio não pode voltar. Ninguém pode voltar. Voltar é impossível na existência. O rio precisa de se arriscar e entrar no oceano.

E somente quando ele entrar no oceano é que o medo desaparece, porque apenas então o rio saberá que não se trata de desaparecer no oceano, mas de tornar-se oceano.”

Osho

Ao Unibrasil pelo solo fértil.

“Gente é igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com agonias e as alegrias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.

(...)

A fome é indigna. E cultura não é luxo. Todo ser humano tem o direito de assegurar-se do quanto socialmente seja a riqueza da humanidade. (...) A ignorância é um crime produzido socialmente contra os mais carentes, incluídos os economicamente, sendo certo que ela cumpre um papel para a manutenção de um estado que os privilegiados não querem mudar.

(...)

Os direitos sociais são devidos pelas sociedades a todos os homens. Qualquer exclusão é desumana, antes mesmo de ser antijurídica. A negação dos direitos individuais desumaniza; a negação dos direitos sociais exclui da humana experiência de membro da sociedade os que têm os seus direitos renegados. (...)

A sociedade deve ao homem o espaço para produzir o seu trabalho e patrocinar a sua própria dignidade.

(...)

O homem não pode viver sem um padrão de vida que lhe assegure condições para que as suas necessidades materiais, intelectuais, psicológicas sejam atendidas.

(...)

A liberdade continua esfacelada, a fome continua a doer em milhares de crianças, doenças assaltam idosos. Globalizaram interesses, localizaram direitos. No neoliberalismo que dominou as décadas de 80 e de 90 o mundo, o homem sobra.”

Cármem Lúcia Antunes

SUMÁRIO

RESUMO	XI
ABSTRACT	XII
 INTRODUÇÃO	 1
 1 A NOÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO COMO FUNDAMENTO DO ESTADO MODERNO	 4
1.1 O BEM-ESTAR DA VIDA EM SOCIEDADE E O NOÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO COMO NÚCLEO DO PAPEL PROTETIVO DO ESTADO	4
1.2 A NOÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DEVER DO ESTADO BRASILEIRO: DO PATRIMONIALISMO À REFORMA ADMINISTRATIVA DA DÉCADA DE 1990	11
1.3 DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A BUSCA PELO INTERESSE PÚBLICO	25
 2 DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	 33
2.1 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: A ORIENTAÇÃO POR PRINCÍPIOS E A RACIONALIDADE DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO PARA A COMPREENSÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO COMO PRINCÍPIO.	33
2.2 A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRINCÍPIO ESTRUTURANTE IMPLÍCITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO	54
2.3 DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	66
 3 BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL	 75
3.1 SOBRE UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	75

3.2 ÂMBITO DE PROTEÇÃO E SUPORTE FÁTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTEÚDO ESSENCIAL, DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA.....	84
3.3 BREVE APANHADO DA BOA ADMINISTRAÇÃO ENQUANTO PRINCÍPIO E ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: DOS ELEMENTOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO	95
 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ROMANTISMO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	104
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

RESUMO

As pessoas convivem em sociedade e se estruturam juridicamente em Estados na expectativa da concretização de melhores condições de existência, frente às adversidades da vida que se daria no Estado de natureza. Evidencia-se um dever basilar do Estado na gestão do aparato público em razão do interesse público. Buscando afastar a Administração Pública das práticas patrimonialistas, da corrupção e das más práticas de gestão pública, apresenta-se a ideia de burocracia e de Reforma Administrativa, como elementos iniciais da construção de uma gestão mais adequada dos recursos colocados à disposição do Estado na persecução da concretização de direitos. A boa Administração Pública apresenta-se como princípio, e mais profundamente como Princípio Estruturante do Estado Democrático. O cidadão passa a ter na boa Administração como Princípio, uma razão para a concretização de direitos fundamentais e exigência de boas práticas na Administração Pública. Observa-se, ainda, a possível caracterização dogmática do direito fundamental à boa Administração Pública, ressaltando-se os principais elementos conformadores da Teoria dos direitos fundamentais, e seu funcionamento nos âmbitos objetivos e subjetivos.

Palavras-chave: Boa administração; Interesse público; Princípio da boa administração; Direito fundamental à boa administração.

ABSTRACT

People live in society and legally structured in States in the hope of achieving better life, face the adversities of life and given the state of nature. The focus was a basic duty of the state in public management apparatus because of the public interest. Looking away from the public administration of patrimonial practices, corruption and poor public management practices, presents the idea of bureaucracy and Administrative Reform, as initial elements of building a better management of the resources available to the State in pursuing the realization of rights. The good public administration presents itself as a principle, and deeper as Structuring principle of a democratic state. The citizen shall be replaced in good management as principle, a reason for the realization of fundamental rights and requirement of good practices in Public Administration. Also observe the possible dogmatic characterization of the fundamental right to good public administration, highlighting the main conforming elements of the theory of fundamental rights, and it worked objective and subjective levels.

Keywords: Good administration; Public interest; Principle of good administration; Fundamental right to good administration.

INTRODUÇÃO

O cenário político-administrativo nacional, a partir de uma percepção crítica, apresenta uma inadequada gestão de recursos públicos, tratamento deficiente de profissionalismo no trato da coisa pública, gestão pública marcada pela improbidade administrativa, descomprometimento com a transparência e responsabilidade fiscal, elevada e ineficiente tributação e complexo emaranhado político-partidário que vem sendo chamado de um presidencialismo de coalisão, da dificuldade de gestão e governabilidade do Estado. Tais circunstâncias acabam por impedir o desenvolvimento de políticas públicas em sua máxima potencialidade, o que leva à relevância e necessidade do desenvolvimento do presente trabalho.

Observa-se no Estado Brasileiro uma sociedade ainda carente de serviços públicos de qualidade, como educação pública capaz de proporcionar verdadeiras condições igualitárias de acesso às oportunidades do mercado de trabalho e ao capital econômico, como saúde pública que possibilite uma segurança social uniforme em todo o território nacional. Esse cenário, que mostra a disparidade existente entre os postulados da Constituição Federal de 1988 e a Constituição real, vivida pelos cidadãos em seu cotidiano geram a fragilidade do sistema em busca de igualdade social e da concretização dos valores positivados após imensas lutas no seio da Constituinte.

Em busca de enfrentar os problemas que levam a sociedade brasileira a este caos democrático, a ideia inicial da pesquisa focava a corrupção no Estado e seus reflexos na vida da sociedade, porém, este recorte originário deu lugar à presente pesquisa, que tem por objeto a construção de um arsenal que sirva como orientação de boas práticas de governo pelo cidadão frente à Administração Pública.

As práticas de gestão do Estado devem conduzir a uma prestação de serviços públicos com melhores níveis de qualidade. A Administração Pública tem por finalidade concretizar o interesse público, porém, em diversas situações em muito se distancia daquilo que é essencial para a sociedade com algumas condutas de seus agentes. Teria o cidadão direito de exigir uma boa Administração Pública frente às condutas que dificultem ou impeçam a concretização de seus direitos, ou tem-se aí, algo mais, algo que caracteriza o conteúdo de um direito fundamental em si, que possa ser exercido para o controle e direcionamento da Administração Pública? Esta é a inquietação que norteou o desenvolvimento de toda a pesquisa realizada.

Em razão de tais justificativas a pesquisa se vincula à área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia do programa de mestrado acadêmico do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba/PR.

O tema da presente pesquisa retrata a busca à boa Administração Pública e sua qualificação enquanto princípio ou como direito fundamental, e procurou-se investigar essa caracterização se faz necessária ou pode auxiliar na concretização das condições necessárias do Estado Democrático de Direito.

Para a realização do presente trabalho foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica. A pesquisa valeu-se do método dedutivo,¹ ao subir nos ombros de gigantes² pesquisadores brasileiros e estrangeiros para a construção e sistematização do texto dissertativo. Valeu-se também do método indutivo³ para a formulação e enquadramento de alguns conceitos essenciais que se queria demonstrar ao longo do trabalho.

A pesquisa baseia-se em doutrinas nacionais e internacionais, não obstante a utilização de doutrina estrangeira, o trabalho tem por objetivo a observação e validade da tratativa da noção de boa Administração Pública no ordenamento jurídico pátrio.

O problema da pesquisa se coloca na indagação sobre a natureza jurídica da noção da boa Administração: afinal, tal valor ingressa no sistema jurídico brasileiro como princípio, critério interpretativo que deverá ser encarado como mandado de otimização na interpretação de todo o ordenamento jurídico nacional, ou como direito fundamental, que gera direitos subjetivos aos cidadãos e deveres para os administradores públicos? E, a partir dessa configuração, quais serão os elementos que configuram a boa administração como princípio e a boa administração como direito fundamental.

Objetivando elucidar o problema levantado, partindo da análise do constitucionalismo e suas implicações, pretender-se-á chegar às seguintes

¹ Segundo Cesar Luiz PASOLD, o método dedutivo consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação

² Referindo-se a expressão usada por Newton em carta endereçada a Robert Hooke em 1676, ou anteriormente, a expressão equivalente usada por John of Salisbury em 1159. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 29.

³ Segundo Cesar Luiz PASOLD, o método indutivo consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 8 ed. Florianópolis: OAB-SC, 2003, p. 237.

respostas ou hipóteses: i) que há um princípio da boa Administração Pública constitucionalmente fundamentado; ii) que a boa Administração pode ser encarada como um Princípio Estruturante do Estado; iii) que os princípios constitucionais da eficiência e da supremacia do interesse público sobre o privado na Administração Pública podem auxiliar na construção do conceito de boa Administração Pública; iv) que a Constituição brasileira possibilita um sistema capaz de permitir a consideração da fundamentalidade do direito à boa Administração Pública; e por fim, v) que existe um rol de direitos subjetivos decorrentes dos conceitos de boa Administração enquanto princípio e enquanto direito fundamental.

O objetivo geral da pesquisa é descortinar a bibliografia existente a respeito do tema proposto, trazendo ao leitor o posicionamento a respeito da efetivação da noção da boa Administração Pública, buscando-se identificar o seu conteúdo normativo, visando condicionar o administrador público à concretização dos valores plasmados na Constituição Federal de 1988.

Tem-se como objetivos específicos, no capítulo inicial tratar a finalidade geral do Estado e seu elo com o cidadão, e por consequência, da Administração Pública em relação às pessoas, apresentando-se uma ideia básica do Estado e da organização social pautada no dever de boa Administração, e numa breve perspectiva histórica apresenta-se a tentativa de superação do patrimonialismo mediante as sucessivas reformas do Estado brasileiro rumo à boa Administração.

No segundo capítulo busca-se demonstrar a noção da boa Administração Pública sob uma perspectiva pautada na teoria dos princípios, ou seja, a possibilidade de caracterizar a boa Administração Pública enquanto princípio, tentando desvendar sua implicitude, e os debates recorrentes sobre a abertura constitucional e a orientação por princípios.

Por fim, no terceiro capítulo, objetiva-se construir dogmaticamente a ideia de direito fundamental à boa Administração Pública e a conformação com os elementos básicos da teoria dos direitos fundamentais.

1 A NOÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO COMO FUNDAMENTO DO ESTADO MODERNO

1.1 O BEM-ESTAR DA VIDA EM SOCIEDADE E O NOÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO COMO NÚCLEO DO PAPEL PROTETIVO DO ESTADO

Busca-se inicialmente demonstrar a finalidade do Estado e sua relação com o cidadão, com o fito de justificá-lo, identificando-se a noção de boa Administração como sua finalidade desde que foram delineados os elementos do Estado Moderno.

A partir de um aporte da Teoria do Estado, é possível constatar, desde uma análise primária, que não se governa um Estado, território ou estrutura política, mas se governam pessoas, indivíduos ou coletividades. Pode-se deduzir que a maneira como se governa está diretamente relacionada com as pessoas governadas, e para elas devem ser voltadas as instituições políticas.

O que pode ser identificado diante da complexidade das organizações políticas atuais é um organismo fruto da “vontade coletiva” tendo como centro uma ampla rede de instituições sociais e políticas que compõem a sociedade civil, deixou-se de ter uma figura central como “ser” detentor de poder e direitos e passa-se a observar a vontade coletiva.⁴

Tal vontade coletiva é fruto de uma construção histórica que se organiza em Estado e se submete às regras deste, não apenas para ter um ente superior que imponha regras e partilhe do resultado do esforço produtivo; mas pela crença de que a organização social em Estado possa ser capaz de oferecer segurança, no sentido amplo da palavra.

Robert ALEXY, ao se referir a subjetivização dos deveres de proteção fazendo jus ao “sentido original e permanente dos direitos fundamentais”,⁵ afirma que sua fundamentação no âmbito do modelo do Estado clássico contratualista vem ganhando um vigoroso renascimento. Salaria que “[...] a ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de transição pré-estatal para uma situação estatal, somente pode ser fundamentada se o indivíduo receber,

⁴ GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 9.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p 455.

por essa renúncia, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito de proteção estatal efetiva.”⁶

Esta segurança, que se espera do Estado, tem como custo a limitação da liberdade das pessoas que a ele se submetem,⁷ oferecendo-lhe parte de sua liberdade como um dos elementos de legitimação da força, o “empoderamento” do Estado, que será concretizado por parte da força e liberdade de cada cidadão submetido às suas regras. Assim, tem-se a ideia de que o Estado será capaz de proteger aqueles que a ele se submetem, e para que tenha a força capaz de coagir os que contrariarem direitos e deveres estabelecidos naquela sociedade.

Logo, é dado ao Estado condição especial de poder para representar a coletividade de anseios. Sendo concedido poder este só se legitima ao tempo que também são impostas diversas atribuições na forma de responsabilidades, em que deverá atuar ou se abster, responsabilidades que foram chamadas direitos negativos ou positivos.

Ao se falar, neste momento, em papel protetivo do Estado, não se pretende retratar sua atuação intervencionista para suprir a carência e concretizar direitos. Fala-se inicialmente daquela que se pode considerar uma função basilar do Estado, a proteção em seu conceito mais amplo e geral, a proteção em razão da reunião de pessoas sob sua égide, e para tanto a razão de sua existência, e a conformação de seus limites.

A limitação de poder e de seu exercício no seio da sociedade não é conteúdo desenvolvida há pouco, mas sim uma contínua construção ao longo de séculos, que se firma nos ordenamentos jurídicos modernos.

Desde a Antiguidade Clássica, ARISTÓTELES afirmou que “o homem é naturalmente um ser político”⁸, demonstra, assim, o anseio associativo do homem. Apresenta, ainda que “[...] o fim da sociedade é, portanto, viver bem. Todas as suas

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p 455.

⁷ Entende-se que os agrupamentos sociais se mantêm organizados e reunidos juricamente em Estados por, pelo menos, uma grande razão, a segurança que a Estrutura estatal pode oferecer aos seus integrantes. Para que o Estado seja empoderado, as pessoas devem, em regra, se submeter as suas leis, aos ditames das diretrizes ali estabelecidas. Quando se submetem estão legitimando as ações daquele organismo jurídico, pois este age porque está autorizado (implicitamente) pelas pessoas. Se assim não fosse, a união das pessoas decidiriam de outra forma e o Estado cada vez mais perderia a legitimidade e a força de executar as determinações. Evidencia-se que o Estado é empoderado pelo povo, sua legitimidade está no povo, na medida em que a maioria respeita e se submete a ele. Tal estrutura se desenvolve nos Contratualistas.

⁸ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998, p. 09.

instituições são senão meios para isso, e a própria cidade é apenas uma grande comunidade de famílias e de aldeias em que a vida encontra todos estes meios de perfeição e suficiência.” Considerando, ainda, o Estado como “a forma mais elaborada da sociedade e tem como finalidade a felicidade na vida.”⁹

Inicia-se assim, a ideia que se pretende estabelecer, a de que os grupamentos sociais tem por finalidade a felicidade, e que para tanto, desde o estabelecimento do poder de um homem sobre o outro, iniciou-se também as lutas pela limitação do poder.

Alguns movimentos, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776 e a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, são passagens históricas repletas de ideias jusnaturalistas que contribuíram com a limitação de poder, sob influência dos contratualistas Locke¹⁰ e Rousseau^{11, 12}.

Este aporte inicial, não se prende às Declarações, mas sim, às suas influências contratualistas, buscando ressaltar a motivação dos agrupamentos sociais.

Denota-se nas teorias contratualistas,¹³ mais especificamente em LOCKE e ROUSSEAU, que o primeiro modelo de sociedade, a familiar, seria uma estrutura básica pela qual todos passam, em maior ou menor grau de proteção, e que a

⁹ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998, p. 09.

¹⁰ Considera que a primeira sociedade foi aquela estabelecida entre marido e mulher por voluntariedade. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Vozes. [2001], p. 56.

¹¹ Apresenta a ideia de que a vida social é considerada a base de um contrato em que cada contratante condiciona sua liberdade ao bem da comunidade, procurando proceder sempre de acordo com as aspirações da maioria. Ao se organizarem socialmente, os integrantes almejam ser tratados pelo Estado de forma equilibrada, de maneira que se sintam integrantes do todo e que a pluralidade e individualidade possam ser preservadas neste convívio em coletividade. Afirma que a mais antiga de todas as sociedades é a família e que esta é a única que é natural, onde as crianças apenas permanecem ligadas à família pelo tempo necessário que dependem dela para sua conservação, e cessando tal necessidade dissolve-se o laço natural e se mantida essa união, pode-se dizer que trata-se de uma sociedade voluntária, ou seja, por convenção. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat de Moraes, [1762], p. 9-11, Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/contratosocial.html>>. Acesso em 01 jul.2014.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 114-116.

¹³ O Contratualista HOBBS tem como ponto de partida o homem como uma máquina natural que tem por propriedades desejar e agir, sendo as ações em função dos desejos. Logo se exclui qualquer ideia de sociabilidade por “benevolência” e de harmonia com o meio. In: CHÂNTELET, François; DUHAMEL, Ilivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **Histórias das ideias políticas**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar. 2009, p. 47. In:

liberdade é inerente ao homem, onde todos nascem livres, independente de qual tipo de agrupamento social estejam vinculados. Importante se faz esta ideia, para justificar a privação parcial da liberdade em troca da estabilidade e segurança oferecida pelo “Contrato Social” ou qualquer outro agrupamento social, que a princípio se demonstra útil aos seus membros.

Neste modelo de sociedade política, todos nascem livres e iguais e não “alienam” sua liberdade a não ser pela utilidade da alienação, qual seja: a proteção oferecida pelo Estado. Embora a liberdade seja um bem anterior à própria sociedade e ao contrato social, este bem é parcialmente cedido, inclusive, em sociedades de menor complexidade, como as familiares, sendo esta liberdade colocada sob a proteção deste tipo de agrupamento, que permitirá que este bem seja usufruído na parcialidade que resta a cada membro do agrupamento. Observam-se as razões primeiras das organizações sociais, ou seja: operam como mecanismos de proteção e limitação da força pelo controle social e estatal. Com base nesta ideia pode-se concluir que a justificativa de existência do Estado Moderno sempre esteve vinculada à existência da noção de uma boa Administração, entendida, por exemplo, para os contratualistas, como o meio de organização capaz de retribuir aos indivíduos a parcela de sua liberdade cedida em prol do coletivo.

Para LOCKE “um homem que transgride a lei da natureza declara viver sob outra regra que não aquela da razão e da equidade comum [...] e assim torna-se perigoso ao gênero humano”.¹⁴ Tem-se a ideia de que no estado de natureza há a inconveniência do homem possuir o poder executivo da lei da natureza em suas próprias mãos, e que nele a “natureza doentia, a paixão e a vingança” podem levar o homem “longe demais na punição dos outros, e daí em diante só advirá a confusão e a desordem”.¹⁵ O estabelecimento de um governo, mas não de um governo absoluto, seria a solução adequada. A sociedade política só existe onde os homens concordaram em desistir de seus poderes naturais e erigir uma autoridade comum para decidir disputas e punir ofensores e isto só pode ser realizado por acordo e consentimento.¹⁶ Reafirma-se assim um indício de voluntariedade, consciente ou não, de submissão ao Estado.

¹⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Vozes. [2001], p. 07.

¹⁵ Id.

¹⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Vozes. [2001], p. 07.

ROUSSEAU, por sua vez, afirma que a principal motivação para os homens se organizarem em sociedade se dá nas situações e obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado natural. Quando esta condição não mais for sustentável, o ser humano poderia perecer se não modificar sua conduta de vida, assim teria que se unir, se agregar para uma soma de forças para se opor às resistências da vida. De acordo com este autor, “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente.”¹⁷ Problema este para o qual a solução seria o contrato social.¹⁸

Apesar da utilidade das teorias contratualistas na vinculação da organização política a uma finalidade voltada aos indivíduos, uma das críticas sofridas pelos contratualistas refere-se ao suposto acordo de vontades tácito ou expreso livremente alcançado por várias partes, quando na verdade pode não ser observado tal acordo de vontade.¹⁹

Os modelos de sociedades apresentados pelos “contratualistas” são considerados contratos sociais hipotéticos, supostamente escolhidos onde apresentam-se modelos ideais como resultado da organização social em que se apresenta a aparente noção de anuência social. Porém representam, ainda, forte influência na filosofia política contemporânea e possuem em contraponto abordagens dos filósofos iluministas, que relevam o interesse comum em fazer comparações entre diferentes vidas que as pessoas podem levar, influenciadas pelas instituições e pelo comportamento real dessas pessoas e pelas interações sociais. A ideia apresentada se vincula à análise da sociedade em relação ao “poder-ser”, e não ao modelo ideal previamente apresentado para justificar a vida em sociedade.²⁰

¹⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat de Moraes, [1762], p. 23-24, Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/contratosocial.html>>. Acesso em 01 jul.2014.

¹⁸ Id.

¹⁹ OLIVEIRA, Nythamar de. **Hobbes, Liberalismo e Contratualismo**. Disponível em: <<http://www.geocities.com/nythamar/rawls3.html>>. Acesso em 20 e maio de 2014. “[...] em primeiro lugar, que o contratualismo enquanto modelo teórico de regramento da vida social baseia-se num tácito ou explícito acordo livremente alcançado por várias partes envolvidas.”

²⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 17-18.

Ainda que existam críticas,²¹ o contratualismo representa sólida influência para a filosofia política contemporânea, razão pela qual o presente trabalho se vale de tal premissa, a de que a Teoria do Contrato Social é útil para justificar a estruturação do Estado e sua finalidade, por crer que a anuência ao contrato social é tácita na medida em que cada um se submete às regras do Estado preexistente e todos esperam a sua proteção para o exercício das liberdades. E, nos limites do presente trabalho o recurso aos contratualistas se justifica porque, a partir do recorte teórico eleito, é esta a análise teórica que permite estabelecer, desde o princípio, uma série de *deveres* ao poder público, deveres estes que, no limite da presente pesquisa, colocam-se como o cerne da noção da boa administração.

Os agrupamentos sociais têm como características básicas uma estrutura organizada maior, que pode oferecer condições de proteção para a coletividade contra ameaças a direitos de forma individualizada, e disparidades no tratamento da punição aos que infringirem as regras sociais postas.

Para tanto, o Estado, recebe poderes de seus membros-integrantes, que o tornam capaz de repelir os injustos agressores e promover a proteção dos menos favorecidos por quaisquer motivos, e neste momento já se pode observar a tutela de direitos nas relações dos cidadãos com o Estado, seja sob a égide dos valores liberais ou na busca dos ideais sociais.

A noção de Estado orienta que este seria a ordem jurídica, o corpo normativo, a máquina do poder político, exterior à sociedade, podendo ser definido como ordem política da sociedade, delimitando este conceito como o círculo mais amplo e anterior, ao passo que se tem por Estado como o círculo mais restrito e posterior.²²

Assim, o “Estado surge com a finalidade de unificar os centros de decisão política e as fontes de produção jurídica e traz consigo a ideia de necessidade de um princípio legítimo de dominação”.²³

Max WEBER define “dominação”, como sendo a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas. Para ele a dominação ou autoridade pode basear-se em diversos motivos

²¹ A alegoria do contrato social, referindo-se à ideia dos contratualistas, que não corresponderia à realidade, na medida em que não existe um contrato com anuência das partes, não havendo qualquer tipo de ação volitiva no Contrato Social.

²² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 62-71.

²³ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia**: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 26.

de submissão, desde o hábito inconsciente até considerações puramente racionais, fazendo parte de toda relação autêntica de dominação – um mínimo de vontade de obedecer (interesse externo ou interno). Observa, ainda, que nem toda dominação se serve de meios econômicos, e nem todas possuem fins econômicos, mas todas requerem normalmente um quadro de pessoas (chamado de quadro administrativo), este quadro seria aquele dirigido para a execução de disposições gerais e ordens concretas, cuja obediência se pode contar, este quadro pode estar vinculado à obediência por costume, afetividade ou interesses materiais ou ideais.²⁴

Três tipos puros, ou ideias, de dominação foram percorridos por Max WEBER: i) de caráter racional,²⁵ ii) de caráter tradicional,²⁶ iii) de caráter carismático.²⁷

²⁴ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 139-161.

²⁵ Dominação de caráter racional: baseada em crença legítima das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles nomeados para exercer dominação (Dominação Legal), onde se observa certa estrutura burocrática de regras materiais (normas) e processuais (regras técnicas), documentação de processos administrativos, hierarquia oficial, dentre outros para a existência e manutenção da Dominação Legal, sendo esta considerada a administração puramente burocrática, ou burocrático-monocrática, do ponto de vista formal, é a forma mais racional de exercício de dominação. A autoridade desse tipo mantém-se, segundo uma ordem impessoal e universalista, e os limites de seus poderes são determinados pelas esferas de competência, defendidas pela própria ordem. Quando a autoridade racional-legal envolve um corpo administrativo organizado, toma a forma de estrutura burocrática. WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 139-161.

²⁶ Dominação de caráter tradicional baseada na crença cotidiana na santidade das tradições, e na legitimidade daqueles que representam essas tradições (DOMINAÇÃO TRADICIONAL). Imposta por procedimentos considerados legítimos porque sempre teria existido, assim sendo aceita em nome de uma tradição concebida como válida. Nestes casos o exercício da autoridade é definido por um sistema de status, cujos poderes são determinados, primeiramente, por prescrições concretas da ordem tradicional e secundariamente pela autoridade de outras pessoas que estão acima de um status particular no sistema hierárquico definido. Os poderes são também determinados pela existência de uma esfera arbitrária de graça ou crença, tendo critérios variados, como os de razão de Estado, justiça substantiva, considerações de utilidade e outros. Ponto importante é a inexistência de separação nítida entre a esfera da autoridade e a esfera de competência privada do indivíduo, fora de sua autoridade. Seu status é total, na medida em que se apresenta em vários papéis, que estão muito mais integrados do que no caso duma dominação em um o Estado racional-legal. Weber apresenta uma subclassificação em termos do desenvolvimento e do papel do corpo administrativo: gerontocracia e patriarcalismo. Ambos são tipos em que nem um indivíduo, nem um grupo, segundo o caso, ocupam posição de autoridade independentemente do controle de um corpo administrativo, cujo status e cujas funções são tradicionalmente fixados. WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 139-161.

²⁷ Dominação de caráter carismático baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar (Dominação carismática). Esta dominação propõe um tipo de apelo que se opõe às bases de legitimidade da ordem estabelecida e institucionalizada. A liderança, ou dominação carismática, se apresenta com líderes revolucionários, na medida em que se coloca em oposição consciente a alguma característica estabelecida da sociedade em que atua. Para que se estabeleça uma autoridade desse tipo, é necessário que o apelo do líder seja considerado legítimo por seus seguidores, os quais estabelecem com ele uma lealdade de tipo pessoal.

Ressalta-se, ainda, a definição de “dominação estamental” feita por Max WEBER, que seria aquela forma em que determinados poderes de mando e correspondentes oportunidades econômicas estão apropriados pelo quadro administrativo. A apropriação pode se dar de diversas formas. Traz ainda a conceituação e desdobramento do patrimonialismo, sendo a não distinção clara entre os limites do público e os limites do privado.²⁸

Para WEBER nenhuma dominação contenta-se voluntariamente com motivos puramente materiais, afetivos ou racionais, todas procuram despertar e cultivar a crença em sua “legitimidade”.²⁹

A ideia de legitimidade do poder estatal, qualquer que seja a forma de governo ou organização política, a partir do recorte adotado na presente pesquisa, deverá se pautar no interesse público, como se verá adiante. Mas seria muito simples imaginar o poder legítimo e não perceber a sua degeneração e mazelas. Dentre diversos descompassos de legitimidade na atuação estatal o patrimonialismo ainda pode ser citado como um deles, pois dele decorrem diversas práticas não desejadas pelos cidadãos administrados, que não representam a boa Administração Pública e contrariam o Pacto Social.

1.2 A NOÇÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DEVER DO ESTADO BRASILEIRO: DO PATRIMONIALISMO À REFORMA ADMINISTRATIVA DA DÉCADA DE 1990

Observa-se a degeneração do Estado por meio de práticas públicas improbas, ineficientes, por vezes, ilegítimas. Práticas estas incompatíveis com a ordem constitucional democrática vigente na medida em que se coloca em risco a estrutura estatal com o descrédito dos órgãos e instituições públicas. Tal descrédito afasta o cidadão do Estado e da participação democrática, oferecendo riscos a médio e longo prazo para toda a coletividade.

Fenômeno excepcional, a dominação carismática não pode estabilizar-se sem sofrer profundas mudanças estruturais, tornando-se, de acordo com os padrões de sucessão que adotar e com a evolução do corpo administrativo ou racional-legal ou tradicional, em algumas de suas configurações básicas. WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 139-161.

²⁸ Ibid., p. 157.

²⁹ Id.

Faz-se necessário, mais uma vez, lembrar ROUSSEAU e seu entendimento por abuso do governo e da sua tendência a degenerar, fazendo um paralelo entre a vontade particular atuando contra a geral, da mesma forma que a vontade do governo pode atuar contra vontade soberana. Salienta que a dissolução do Estado poderia ocorrer de duas formas, sendo a primeira aquela em que o representante não mais administra conforme as leis e usurpa o poder soberano, e a outra forma ocorreria quando os membros do governo usurpam separadamente o poder, que só devem exercer em conjunto, que não se constitui infração menor das leis, e gera desordem maior. Para ele, quando o povo está legitimamente reunido em corpo soberano, cessa toda a jurisdição do governo, o poder executivo fica suspenso, e os cidadãos são sagrados e invioláveis.³⁰

Pode-se entender este abuso do governo como ato contrário à boa Administração Pública, no distanciamento do Estado com a concretização da dignidade da pessoa humana.³¹

Ou, ainda, quando se refere à não concretização de proteção pelo Estado, Robert ALEX Y discorre que “[...] onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com intuito de fazer valer direitos individuais.”³²

Embora, aparentemente fatalista nos dias atuais tal correlação, a desestruturação do Estado e a sua não observação à boa Administração Pública, quer na perspectiva de princípio, que na perspectiva de um direito fundamental, o faz caminhar em direção à falta de legitimidade em suas ações, já que não está preparado ou se preparando para oferecer o melhor aos seus cidadãos.

A Constituição de 1988 alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, desde seu preâmbulo apresenta a construção de um Estado Democrático de Direito, “[...] destinado a assegurar, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade a

³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat de Moraes, [1762], p. 120-128. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/contratosocial.html>>. Acesso em 01 jul.2014.

³¹ Ressalta-se que não se pretende demonizar o Estado, mas tampouco pretende salvar-lhe das garras dos inaptos administradores e agentes públicos, presenteando-lhes legitimidade para atos que se afastem da boa governança que podem prejudicar a proteção de direitos fundamentais.

³² ALEX Y, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p 455.

justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos [...]”.³³

Aos que ao Estado se submetem, na expectativa de que tenham em troca desta “submissão” o conforto da segurança e do bem-estar no exercício de seus direitos, devem perceber no Estado uma boa Administração, esta é pressuposto, é dever cogente ao Estado. Tem-se assim um dever de boa Administração imputado ao Estado. É na observância desse dever, e dos direitos que dele decorrem, que poderá ser encontrado, na perspectiva adotada no presente trabalho, o fator de legitimação do Estado, e a concretização do interesse público.

O Estado ainda se depara com as dificuldades de implementação de condições que proporcionem práticas gerenciais da coisa pública, muitas delas já idealizadas em outros momentos históricos e legislações já construídas. Depara-se, ainda, com o patrimonialismo, onde a coisa pública recebe o mesmo tratamento da coisa particular.³⁴

Celso Antônio Bandeira de MELLO relembra que a *res publica* não é propriedade pessoal dos administradores, que estes simplesmente gerem-na, devem apenas cuidar da melhor forma possível o interesses de toda a coletividade, razão pela qual a Administração desfruta de poderes, que se justificam única e exclusivamente como meios necessários ao cumprimento de finalidades estabelecidas. Portanto Administração possui o que se chama de “deveres-poderes”, e não “poderes-deveres”, mostra assim que os deveres são anteriores aos poderes, e que em razão dos deveres são atribuídos poderes como instrumentos.³⁵

Portanto, é inexorável que existe para a Administração um “dever jurídico de boa administração”, um dever em vista de uma finalidade, para o exercício, no interesse alheio, de um fim a que está proposta, cujo desempenho é obrigatório.³⁶

Na perspectiva do dever de boa Administração Pública esta deriva diretamente do caráter servicial da Administração, que está para servir e para bem

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 53-54.

³⁴ HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 37. rei. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 158.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 159-162.

servir, se não serve bem, não tem sentido, como contribui Augusto Durán MARTÍNEZ.³⁷

Para tanto, se faz necessário a superação dos modelos vigentes no sistema jurídico atual, inclusive do pernicioso, e ainda presente, patrimonialismo que possibilita a confusão, proposital ou não, do público com o privado, sendo primaz a renovação e reforma gerencial do aparato administrativo e suas premissas.

Faz-se necessário retomar parte da história do Brasil, o desenvolvimento de seu modelo de gestão pública, para melhor compreender suas raízes. Para tanto, Sérgio Buarque de HOLANDA dá uma ideia da composição da sociedade tradicional brasileira e das estruturas políticas e econômicas que ocasionaram uma visão dos conceitos de patrimonialismo e burocracia.³⁸

Raymundo FAORO também contribui demonstrando desde a história portuguesa, elementos que posteriormente influenciam a história gerencial brasileira.³⁹ Discorre com maiores detalhes que a coroa portuguesa teve como marca a supremacia do rei, que conseguiu formar imenso patrimônio rural, cuja propriedade se confundia com o domínio da casa real. Na análise do autor, aplicava-se o produto deste imenso patrimônio nas necessidades coletivas ou pessoais, sob as circunstâncias que pouco distinguia o bem público do bem particular da coroa. Tem-se, ainda, que do patrimônio do rei – o mais vasto do reino, inclusive que o do clero e, ainda no século XIV, três vezes maior que o da nobreza – fluía rendas para sustentar os guerreiros, os delegados monárquicos espalhados no país e o embrião dos servidores ministeriais, aglutinados na corte, e permitia, sobretudo, largas doações rurais, em recompensa aos serviços prestados pelos caudilhos.⁴⁰

Observa-se, nesta época, que as propriedades do rei, suas terras e seus tesouros, se confundem nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam sem qualquer discriminação normativa prévia, nos gastos de família ou em obras e serviços de utilidade geral. Demonstra, ainda, as formas de exploração direta e indireta da propriedade pelo rei, como fontes de renda, tendo o rei como o “principal lavrador da nação”. Conclui-se que a monarquia portuguesa era uma

³⁷ MARTÍNEZ, Augusto Durán. **La Buena administración**. Estudios de Derecho Administrativo, n.º 1, Montevideo: La Ley, 2010, p. 178.

³⁸ HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 37. rei. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³⁹ FAORO. Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político no Brasil. São Paulo: Globo, 2012, p. 18-19.

⁴⁰ FAORO. Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político no Brasil. São Paulo: Globo, 2012, p. 18-19.

verdadeira “monarquia agrária”, em que toda e qualquer atividade e operação dependia das concessões régias, das delegações graciosas, arrendamentos onerosos, que em qualquer momento poderiam ser substituídas por empresas monárquicas.⁴¹

Não se falava, naquele momento, no pagamento de serviços tangíveis ou abstratos, como o contribuinte de tributos com as prerrogativas e princípios limitadores do poder estatal de tributar, mas sim em um “poderoso sócio e patrão”, que se apropria do melhor, submetendo o proprietário nominal à obrigação de cuidar da fonte de renda.

A principal herança no que se refere à organização administrativa deixada pelo mundo português foi a patrimonial e não feudal, que ecoa no Estado brasileiro atual, indicando que restou o dominante patrimonialismo.⁴²

O recurso, ainda que breve, aos citar autores que tratam do patrimonialismo como modelo de gestão é feito na presente pesquisa apenas com o objetivo de demonstrar que o patrimonialismo marca historicamente o Estado Brasileiro desde muito antes de sua origem, ainda no seio do Estado colonizador das terras brasileiras e a noção da procedimentalização como elemento favorável para o desenvolvimento democrático.

Luiz Carlos BRESSER PEREIRA esclarece que o capitalismo político sucedeu, em algumas faixas da Terra, e que esse capitalismo dito moderno, racional e industrial, contribuiu para a transição de uma estrutura à outra, a nota tônica se desviou – o indivíduo, de súdito, passa a cidadão, com a correspondente mudança de converter-se o Estado de senhor a servidor, reduzindo o aparelho estatal a um mecanismo de garantia do indivíduo. Mesmo assim a realidade histórica brasileira demonstrou a persistência secular da estrutura patrimonial. Adotou do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhe a alma ansiosa de transmigrar. O patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como a técnica de operação da economia.⁴³

⁴¹ Ibid., p. 35.

⁴² O tema foi enfrentado, na perspectiva do Direito Administrativo, por exemplo, por SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial**. Curitiba, 2001, 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Orientação: Romeu Felipe Bacellar Filho, p. 77 e GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38, dentre outros.

⁴³ FAORO. Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político no Brasil. São Paulo: Globo, 2012, p. 822-823.

Afirma-se que no patrimonialismo confunde-se o patrimônio público com o privado e no corporativismo afirmam-se interesses privados em nome de interesse geral, sendo que o surgimento no século XIX da Administração Pública burocrática seria uma crítica e antídoto ao patrimonialismo.⁴⁴

Para Max WEBER o Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu monopolizar a coação física legítima como meio da dominação e reuniu para este fim, nas mãos de seus dirigentes, os meios materiais de organização, depois de desapropriar todos os funcionários estamentais autônomos. Identificado como o Estado racional, o Estado moderno ocidental, diferenciou-se de outras formas estatais, como as de base patriarcal e patrimonial, e é sob a égide de um Estado racional, pautado em um direito racional e em uma burocracia profissional, que irá se assentar o desenvolvimento do capitalismo moderno. Apresenta o desenvolvimento da política como se fosse uma “empresa”, em que se exige uma divisão dos funcionários públicos em duas categorias: os funcionários especializados e os funcionários “políticos”. Com o desenvolvimento da organização racional, burocrática, especializada e baseada na divisão do trabalho, sendo que a burocracia moderna destaca-se por uma qualidade que torna seu caráter inescapável essencialmente mais definitivo do que o de outras: a especialização e treinamento racionais.⁴⁵

Diferencia-se a burocracia do estamento burocrático, a primeira refere-se à expressão formal do domínio racional própria do Estado e empresas modernas, já o estamento burocrático nasce do patrimonialismo e se perpetua em outros momentos e sociedades, como se suas técnicas fossem absorvidas e adotadas em caráter não transitório, como uma mera continuidade do sistema anterior de política.⁴⁶

Em uma tentativa de superar os traços deixados pelo patrimonialismo no Brasil, inicialmente foi criado o DASP – Departamento de Administração e Serviço Público, ainda na Década dos 30.⁴⁷ Porém, tal iniciativa não foi suficiente para

⁴⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Contra o patrimonialismo e o corporativismo**. O Estado de São Paulo. São Paulo-SP, 13 out 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Articles/1995/753.patrimonialismo.pdf>>. Acesso em: 13 jul 2014.

⁴⁵ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília: Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. 586 p.

⁴⁶ FAORO. Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político no Brasil. São Paulo: Globo, 2012, p. 824-825.

⁴⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial**. Curitiba, 2001, 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor

superar as raízes patrimoniais que permeavam a Administração Pública e, com tal desiderato foi editado o Decreto-Lei n.º 200 de 1967, que pretendia, a partir da descentralização do poder, consolidar a criação da Administração Pública indireta, trazendo ao ordenamento jurídico pátrio conceitos como planejamento, coordenação, descentralização e outros.

Apresenta-se a ideia de Reforma Administrativa e limites às entidades descentralizadas com a possibilidade de intervenção governamental. Com o fito de dotar o país de uma infraestrutura empresarial e reduzir o descrédito da Administração Pública, a Reforma Administrativa pretendia estabelecer uma estrutura substancialmente diversa da existente, simplificada, mais leve, de supervisão, contratação e fiscalização, com um sistema de planejamento de seus serviços.⁴⁸

Na prática, a tradição patrimonialista e nepotista da Administração Pública brasileira superou a intenção dos legisladores, pois a descentralização ocorrida pelo Decreto-Lei n.º 200 de 1967 facilitou a fuga do regime jurídico administrativo, em detrimento das garantias do interesse público.⁴⁹

Como mais uma tentativa de democratizar a Administração Pública e calcar as bases de um modelo administrativo calcado na proteção da dignidade de todos os cidadãos,⁵⁰ a Constituição de 1988 marca um novo paradigma do Direito Administrativo nacional.

Contrariando as Constituições anteriores, originadas de um contexto pré-definido onde é possível identificar as forças que originaram a construção de seu texto, a Constituição de 1988 se reinventa ao surgir do seio da Assembleia Constituinte. Essa característica do constitucionalismo atual, presente na Carta de 1988, promove uma reaproximação do Direito com a ética⁵¹ e os valores⁵², o que

de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Orientação: Romeu Felipe Bacellar Filho, p. 77.

⁴⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 36-38.

⁴⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38.

⁵⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 122.

⁵¹ "Ethica; Em geral, a ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1ª a que considera como ciência do fim a que a conduta dos homens se deve dirigir e dos meios para atingir tal fim; e deduz tanto o fim quanto os meios da natureza do homem; 2ª a que a considera como a ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a

havia sido negado pelo positivismo jurídico⁵³ consubstanciado no Estado da separação dos poderes. Tais valores, inseridos explícita ou implicitamente no texto constitucional, foram identificados como princípios, servindo, também, para dar harmonia e unidade ao texto constitucional, bem como, para reduzir as tensões internas das normas. Afinal, como afirma Luis Roberto BARROSO: “Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.”⁵⁴

Também na seara da dogmática constitucional, a Carta de 1988 permitiu trazer, ao Brasil, fundamentos teóricos que defendiam a força normativa da Constituição, impondo-se a ideia força de que todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e juridicidade constitucional. A esse processo se dá o nome de filtragem constitucional, que traz ao âmbito infraconstitucional uma releitura do direito sob essa perspectiva, ou seja: a perspectiva constitucional.⁵⁵

Nesta perspectiva, o Estado Democrático de Direito está expresso na Carta Republicana Brasileira de 1988, e que nesta etapa as minorias buscam alcançar igualdade, dignidade e respeito às suas diferenças, apresentando-se um momento do Estado em que a pluralidade e complexidade requer um ambiente justo, fraterno e solidário, tendentes à uma discriminação positiva onde residirá o sentido da democracia e da soberania popular, na busca por igualdade efetiva.⁵⁶

Nota-se na construção histórica do Estado Constitucional o evidenciamento da conquista dos direitos fundamentais inseridos no ordenamento jurídico constitucional.

dirigir ou disciplinar a mesma conduta.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 360.

⁵² “O uso filosófico do termo começa só quando o seu significado é generalizado para indicar qualquer objeto de preferência ou escolha; e isso aconteceu pela primeira vez com os Estóicos os quais introduziram o termo no domínio da ética e chamaram V. os objetos das escolhas morais.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.952.

⁵³ “Assim Hans Kelsen chamou a sua doutrina formalista do direito e do Estado.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.746.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 30.

⁵⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 25.

⁵⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 146-149.

Neste ambiente, do Estado Constitucional, que se propõe reaproximar o direito da ética e dos valores inseridos no texto constitucional, deduz-se que alguns destes valores podem estar implícitos, e que a boa Administração possa operar como um destes valores.

Celso Antônio Bandeira de MELLO refere-se ao princípio da eficiência, que nada mais é do que um desdobramento, “[...] uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente, de há muito no Direito italiano: o princípio da boa administração.”⁵⁷ E faz referência a uma obra do Direito Italiano que remonta os anos 1953, que tem por título “Il Doveri di Buona Amministrazione”.⁵⁸ Ou seja, tratava da boa Administração enquanto ainda não estava constitucionalizado o princípio da eficiência, e continua retratando o princípio da boa Administração ao referir-se a eficiência.

Ocorre que, apesar de valorosos esforços daqueles comprometidos com a efetividade da Constituição de 1988, notadamente na seara do Direito Administrativo, os valores trazidos pelo Constituinte não foram capazes de afastar, na realidade de todo o país, os traços deixados pela tradição patrimonialista e nepotista, na seara do poder público. Por isso, mais uma vez na história nacional, o cidadão brasileiro viu-se diante de uma nova Reforma Administrativa, pensada desde o Governo Collor de Mello, e que se concretizou, em termos normativos, mediante a edição da Emenda Constitucional n.º 19/1998 e seguintes. A partir desse conjunto normativo, buscou-se estabelecer uma marca gerencial da Administração Pública, notadamente a partir de uma nova leitura dos princípios constitucionalizados. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro tenta superar algumas mazelas arraigadas na administração pública brasileira.⁵⁹

Para Bruno MIRAGEM esta contida na ideia de reforma administrativa o estabelecimento de duas características importantes: a influência do modelo norte-americano de agencificação provocando a estruturação dos pressupostos regulatórios e a aproximação do Estado com a sociedade civil estreitando os laços de colaboração.⁶⁰

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve dos Servidores Públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 377.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 23.

A reforma administrativa operada neste período buscou transpor as marcas de um Estado autoritário para o modelo democrático, aprofundando, em alguns aspectos, as garantias que já tinham sido plasmadas com a promulgação da Constituição de 1988. Com isso a reformulação do texto constitucional, aparentemente aprimorado com a reforma, teve como finalidade revisar os pressupostos do Direito Administrativo marcado pela relação jurídica de poder, para um novo modelo de gestão, buscando reconhecer as prerrogativas do Estado, contudo limitadas pela própria finalidade para qual são instituídas.⁶¹

A adoção de técnicas do setor privado, mais especificamente da teoria da Administração e da Economia, na gestão pública foi trazida no formato de uma Administração Pública gerencial, pela reforma do Estado Brasileiro com a introdução do princípio da eficiência pela EC 19/1998, que gerou e gera incompreensões, sobretudo a de que a imposição da eficiência enquanto princípio norteador da Administração Pública aproxima a gestão pública dos modelos de gestão privada e com isso a subversão da ideia de Administração Pública e sua vinculação com o princípio da legalidade.⁶² Porém é possível entender este novo modelo como uma oposição ao modelo anterior, chamado de Administração Pública burocrática. Para os autores que entendem o modelo gerencial como uma alternativa à burocracia, as principais críticas ao modelo weberiano seriam no sentido de afirmar que teria desembocado, no Brasil, em uma administração lenta, cara, autorreferente e que se desvia de sua finalidade de atendimento às demandas do cidadão,⁶³ e o modelo gerencial focaria a atuação estatal no exercício de funções estratégicas, exclusiva e indelegáveis do Estado, o que se denominou de publicização de atividades não exclusivas do Estado.⁶⁴

Nota-se que a Administração Pública Brasileira não adotou plenamente o modelo gerencialista, como proclamado pela reforma, observa-se a permanência do modelo burocrático de gestão influenciado por pequenas alterações. As ideias

⁶¹ Ibid., p. 27.

⁶² Ibid., p. 35-37.

⁶³ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35-37.

⁶⁴ Id.

reformistas serviram para promover uma mudança simbólica na racionalidade do Direito Administrativo Brasileiro.⁶⁵

Mas, mesmo assim, com a ruptura com o modelo anterior foi possível apontar importantes giros teóricos na esfera do Direito Administrativo que buscam adequá-lo à nova ordem constitucional: “(i) deslocar o eixo da vinculação administrativa à juridicidade⁶⁶ em relação à Constituição e não mais à lei; (ii) vincular juridicamente o conceito de interesse público a um juízo de ponderação; (iii) estabelecer balizas principiológicas para a discricionariedade, definindo-se em graus de vinculação à juridicidade, e (iv) admitir um espaço próprio para autoridades independentes, de modo a limitar o exercício do poder pelo Chefe do Executivo.”⁶⁷

É evidente que tal modelo poderia, mesmo afastando o Estado de algumas atividades, ser um ponto transformador da atividade estatal e corresponder a um modelo de boa Administração. Entretanto, outros fatores externos ao modelo gerencial podem contribuir para a má imagem da gestão pública, como por exemplo, arranjos político-partidários, questões econômicas, dentre outras.

No que tange ao caráter geral das reformas administrativas, Jaime Rodríguez-Arana MUÑOZ cita a Constituição Espanhola de 1978 para definir Administração como uma organização que serve com objetividade aos interesses gerais (artigo 103.1, CE), e que reformas administrativas devem ocorrer em função das pessoas e não em função dos interesses burocráticos. As reformas devem propiciar uma Administração que promova condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e das coletividades das quais os indivíduos fazem parte, sejam reais e efetivas. Deve a Administração remover obstáculos criados ou que impeçam a plenitude e facilitação para a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.⁶⁸

⁶⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45-46.

⁶⁶ “A consagração do princípio da juridicidade não aceita a ideia da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição. [...] O princípio da juridicidade dá maior importância ao Direito como um todo, daí derivando a obrigação de se respeitar, inclusive, a noção de legitimidade de Direito.” OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 74.

⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

⁶⁸ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25.

A reforma administrativa, em solo brasileiro, portanto, pretendia alterar o modo de intervenção do Estado no espaço privado, econômico e social, essa alteração cria a administração consensual estabelecida por técnicas negociais entre os órgãos estatais ou entre estes e a própria participação da sociedade civil.⁶⁹

É necessário reconhecer que o Estado além do dever inerente de planejar deve garantir que essa gestão seja eficiente, significando não o atendimento integral de uma determinada demanda e sim a otimização na aplicação dos recursos disponíveis.⁷⁰

Também neste momento, buscando ultrapassar a tradição patrimonialista no Brasil, vê-se de forma mais acentuada a busca pela processualização na Administração Pública, tendência que vinha se consolidando no Brasil desde a promulgação da Carta Constitucional.

Veja-se, nesse sentido, que segundo Adriana da Costa Ricardo SCHIER o mecanismo visto para proporcionar a participação popular, objetivando afastar de certa forma as práticas patrimonialistas, seria através da procedimentalização da esfera administrativa, pois “o direito de participação pode ser exercido tanto na dimensão em que concretiza o princípio do Estado de Direito (na medida em que possibilita o controle dos atos administrativos) como na perspectiva que viabiliza o princípio democrático, pois garante o direito à intervenção dos cidadãos na gestão pública.”⁷¹

Romeu Felipe BACELLAR FILHO esclarece que a sociedade moderna “[...] exige o princípio da participação do cidadão através do procedimento (processo).”⁷² “E afirmar a instrumentalidade democrática do processo e do procedimento administrativo não significa filiar-se a uma concepção procedimental e formal de democracia. O ‘democrático’ imprime ao Estado de Direito uma ordem ética. Através do processo e do procedimento administrativo pode-se controlar a vinculação da Administração aos valores constitucionais legitimantes.”⁷³

⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29.

⁷⁰ Ibid., p. 35.

⁷¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial**. Curitiba, 2001, 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Orientação: Romeu Felipe Bacellar Filho, p. 77.

⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 122.

⁷³ Ibid., p. 135-136.

No mesmo sentido Emerson GABARDO entende que “[...] o procedimento se coloca como um efetivo instrumento não somente moralizador, mas essencialmente assecuratório da justiça, que é inerente à segurança das relações entre o Estado e o particular.”⁷⁴ Ressalta, ainda, que a moralidade tem íntima ligação com a isonomia no tratamento dos administrados e que somente poderá ser garantida pelo procedimento.⁷⁵

A processualização do aparato administrativo garante maior força normativa à Constituição, especialmente na reafirmação do compromisso político democrático ampliando os espaços de participação e exercício da cidadania, fatores indispensáveis para concretização dos direitos fundamentais.

Nesta senda Romeu Felipe BACELLAR FILHO ressalta que “[...] o procedimento administrativo, por si só, não basta para a democracia [...]”, deve haver a participação do cidadão, e o termo participação entendido “[...] como tomar parte pessoalmente, e um tomar parte desejado, automotivado [...]”.⁷⁶ No mesmo sentido “O fenômeno da processualização da burocracia em si, gera maior democratização do agir administrativo, pois substitui a reiterada manifestação unilateral e impositiva da Administração Pública, por meio de atos administrativos imperativos, por uma gestão de interesses públicos mais transparente, dialogada e respeitadora dos direitos e garantias fundamentais.”⁷⁷

Notadamente, a ideia é que o ato está numa perspectiva estática, enquanto o processo garante dinamismo à Administração Pública na busca de suas decisões de acordo com o interesse público, vinculando toda atuação administrativa a garantia do ideal democrático consagrado pela CF de 1988, conforme ensina Romeu Felipe BACELLAR FILHO.⁷⁸

São instrumentos da governança no setor público a procedimentalização e a contratualização. A procedimentalização institucionaliza a processualidade administrativa permitindo o correto sopesamento dos interesses apresentados e a

⁷⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38.

⁷⁵ Id.

⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. Cit., p. 132-133.

⁷⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Participação Popular no Processo Administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes (Org.). **Processo Administrativo: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 81.

⁷⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

escolha do mais adequado ao interesse público. Ao seu turno a contratualização insere a abordagem consensual da ação pública.⁷⁹

Neste sentido Luciane Moessa de SOUZA apresenta diferentes meios consensuais de solução de controvérsia envolvendo entes públicos e aponta as diferentes abordagens existentes na utilização da mediação. Ressalta a mediação, como sendo a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes; menciona a conciliação, como método que busca alcançar um acordo entre as partes com relação ao objeto do conflito; a facilitação do processo decisório, em que uma atividade semelhante à mediação é realizada para facilitar os processos decisórios participativos ou de colaboração pública no âmbito do Poder Executivo ou Legislativo; a arbitragem⁸⁰, pelo julgamento de um caso por um terceiro escolhido pelas partes quando os conflitos envolvem direitos disponíveis, sendo que tal possibilidade existe inclusive em alguns conflitos envolvendo entes públicos, bem como outros métodos⁸¹ existentes e utilizados pelos EUA.⁸²

A reforma administrativa do Estado tem buscado uma procedimentalização institucionalizada para que se chegue à tratativa, na medida do possível, uniforme e

⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53.

⁸⁰ A Lei 8.987, de 1995, prevê a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de controvérsias em contratos de concessão de serviços públicos, conforme dispõe o artigo introduzido pela Lei n.º 11.196, de 2005:

“Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

⁸¹ Outros meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos nos EUA: “settlement conferences” – neste caso, tem-se um terceiro que atua como conciliador, buscando a realização de um acordo entre as partes e fornecendo a estas sua avaliação sobre um possível julgamento do caso; “early neutral evaluation” – por este mecanismo, as partes pedem a um terceiro especialista na matéria que emita uma opinião sobre o possível desfecho do conflito caso venha a ser decidido pelo juízo competente; “joint fact-finding” – trata-se de um mecanismo, que também pode ser utilizado durante o processo de mediação (na mediação “pura”, tradicionalmente as partes abrem mão da instrução probatória e negociam com base apenas nos elementos já disponíveis), pelo qual as partes escolhem um ou mais especialistas para apurarem fatos e ou emitirem opiniões técnicas sobre dados relevantes para o deslinde da controvérsia. SOUZA, Luciane Moessa. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. 607 p. Tese - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito. Florianópolis-SC. Dez 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jul.2014.

⁸² SOUZA, Luciane Moessa. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. 607 p. Tese - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito. Florianópolis-SC. Dez 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jul.2014.

isonômica entre Estado e cidadão, e que permita um correto sopesamento de interesses sobrepostos e mais relevantes ao interesse público, momento em que se depara com grande divergência prática e doutrinária acerca do Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Apesar da crítica apresentada e de outras que possam existir, a ideia de Reforma administrativa e de Administração Pública gerencial, possui grande relevância para a boa Administração Pública, pois permitem a concretização de um modelo que respeite a ordem constitucional vigente e estabeleça procedimentos e práticas que tirem o cidadão da submissão absoluta e o coloque em condição menos desconfortável diante da Administração Pública.

Neste sentido Romeu Felipe BACELLAR FILHO ao referir-se ao Estado de Direito deixa claro que um conceito que permeia o Direito Público é que a sua ideia original de um Estado que cria Direito e submete-se ao mesmo em função da garantia dos indivíduos contra o arbítrio.⁸³

Na medida em que a Reforma Administrativa objetivava uma procedimentalização racional, tinha por finalidade lógica tirar a Administração Pública da condição desvinculada do interesse público, ou seja, buscava afastar a Administração Pública do patrimonialismo e amadorismo no trato da coisa pública, da falta de mecanismos de gestão técnica e racional. Se o Estado tentou imprimir na Administração uma marca gerencial, seria provável que a sociedade se beneficiasse com a possível melhoria do funcionamento da máquina pública com tal profissionalização. Ocorre que tal reforma encontra outros óbices práticos, como o jogo político, a força da nefasta tradição patrimonialista e se depara ainda com a figura do homem cordial retratado por Sérgio Buarque de HOLANDA, que busca os caminhos possíveis para contornar as “adversidades”, quer sejam elas dificuldades naturais impostas pela vida, quer sejam imposições de ordem jurídica, razão pela qual continua se ventilando o debate quanto ao dever de boa administração, quer ele decorra de um princípio, que seja pela constatação de um direito fundamental.

1.3 DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A BUSCA PELO INTERESSE PÚBLICO

⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 121.

A noção de boa Administração Pública que se pretende explorar, apresenta-se mais amadurecida em outras porções do mundo. Preocupa-se parte da doutrina uruguaia, espanhola e da Comunidade Europeia com a boa Administração Pública, sendo objeto da presente pesquisa seu cabimento no ordenamento jurídico pátrio.

Delimita-se tratar do conceito de boa Administração no âmbito público. Não se pretende explorar tal conteúdo na perspectiva da administração privada, tampouco a intersecção desta com a esfera pública, embora sejam pontos relevantes para o desenvolvimento social e consequentemente para o debate público.

Antes de adentrar à temática da boa administração, se faz necessário, ao menos, um breve conceito do que se entende por Administração Pública. Embora, não seja trabalho fácil e por inúmeras vezes divergente entre grandes autores.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO faz relevante contribuição, essencial para a temática que se desenvolve, ao explicitar os dois sentidos que podem ser tomados por Administração Pública. Desdobra Administração Pública em sentido orgânico, formal ou subjetivo, este sentido diz respeito aos entes que exercem a atividade administrativa, que compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal. No segundo desdobramento, ressalta o sentido funcional, material ou objetivo da Administração Pública, que designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes, e neste sentido correlaciona-se a própria função administrativa que cabe predominantemente, ao Poder Executivo.⁸⁴

O regime constitucional brasileiro não adotou o princípio da separação absoluta de atribuições e sim o da especialização de funções, de forma que além do Poder Executivo, os Poderes Legislativo e Judiciário, também exerçam além de suas funções predominantes, algumas funções tipicamente administrativas.⁸⁵ Assim sendo, o presente trabalho se valerá, em sua predominância, ao sentido orgânico de Administração Pública, ou seja, o exercício da atividade administrativa por qualquer pessoa jurídica, órgão ou agentes públicos no exercício de qualquer das funções da atividade Estatal, quer seja ela Executiva, Legislativa ou Judiciária.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 49.

⁸⁵ Ibid., p. 57.

Hely Lopes MEIRELLES ao tratar do conceito de Administração Pública ensina que “administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias” e que “se os bens geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se Administração Pública.”⁸⁶

Romeu Felipe BACELLAR FILHO discorre sobre a Administração Pública como sendo uma estrutura voltada a concretizar um conteúdo específico submetido à imposição constitucional de promover o interesse público, que pode ser traduzido como “bem de todos” – art. 3.º, IV da CF.⁸⁷ Depreende-se, que o conceito de Administração Pública está ligado ao interesse público e que tal interesse não se trata necessariamente do interesse da maioria, pode ele estar presente em um interesse aparentemente individualizado.⁸⁸

É um equívoco supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, que em uma concepção simplista o identifica “[...] com quaisquer interesses da entidade que representa o todo [...]”, pois pode o interesse público ser reconhecido como a dimensão pública dos interesse individuais enquanto partícipes da sociedade (entificada juridicamente no Estado). Evidencia-se que o Estado, assim como os demais particulares, pode ter interesses que lhe são particulares, individuais, e estes não correspondem a interesses públicos, mas interesses individuais do Estado.⁸⁹

Identifica-se o interesse público propriamente dito, ou seja, o interesse público primário do Estado. E de outro lado o interesse secundário, que corresponde ao que não for interesse primário, “[...] Não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral.”⁹⁰

Na prática, o problema da questão está justamente quando o interesse público primário confronta com o interesse público secundário nas tomadas de decisão, sendo uma das razões pela qual se pretende construir ou retomar o

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 78-79.

⁸⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse publico**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Banceira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 91.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65-66.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 66.

conceito de boa Administração Pública, para buscar uma construção que garanta a concretização do interesse público primário.

É possível, neste escólio, observar a “colisão” entre o interesse público primário e o secundário, quando as pretensões da coletividade não são coerentes com os interesses do aparato administrativo. “Daí a necessidade de instrumentos que garantam a vinculação entre ação administrativa e realização do interesse coletivo primário.”⁹¹

A definição de interesse público é tormentosa e situa-se na própria legitimidade da ação estatal. Em regra, busca-se situar o interesse público como contraposição ao direito privado, o que reduz a construção própria do Direito Administrativo. É certo que interesse público é o interesse do todo ou do próprio conjunto social e não se constitui na soma dos interesses individuais, contudo tais características não são suficientes para sua definição.⁹²

Interesse público está relacionado à face pública dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade. Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, o reconhecimento de que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos direitos individuais, ou seja, no conjunto dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade entificada pelo Estado, observa-se que não existe coincidência entre interesse público e interesse do Estado.⁹³

Nesta senda que Romeu Felipe BACELLAR FILHO define interesse público “[...] como o interesse coletivo primário – resultante da parcela coincidente dos interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade [...]”.⁹⁴

Juarez FREITAS constrói uma ideia de princípio do interesse público em inafastável correlação de subordinação das ações administrativas ao princípio da dignidade humana, em que eventual colisão deverá preponderar à vontade geral legítima, que, a seu ver, seria o “bem de todos” conforme o artigo 3.º da CF/88.⁹⁵

⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 92.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 181.

⁹³ *Ibid.*, p. 187-188.

⁹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. Cit.*, p. 95.

⁹⁵ FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 43.

Marçal JUSTEN FILHO afirma não ser possível “[...] definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado.” E conclui que “[...] o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público.”⁹⁶

Na perspectiva que procura fazer a definição do direito pela sua titularidade, classificam-se normalmente entre direitos individuais, estatais e interesse público, este último como representativo da coletividade. Essa noção de interesse público é a finalidade do exercício da função e do poder do Estado. Observa-se a obrigatoriedade do Estado promover a concretização do interesse público, mas não o coloca na condição de titular do direito. O direito na forma de interesse primário é titularizado pela coletividade. À Administração Pública restará titularizar o interesse público secundário quando o interesse for próprio do aparato administrativo.

A incidência de um regime jurídico diferenciado para a Administração Pública não deriva de razão puramente técnica, mas sim de imposições éticas, sendo que há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana.⁹⁷

Tem-se como incorreto afirmar que um interesse, por ser público, é indisponível. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.⁹⁸

Marçal JUSTEN FILHO ressalta o interesse público como resultado e não como pressuposto ao criticar o Estado brasileiro, que nunca assumiu o ser humano, a dignidade humana e os direitos fundamentais como valores fundamentais, e apresenta como núcleo do direito administrativo não é o poder (e suas conveniências), mas a realização dos direitos fundamentais.⁹⁹

A partir da doutrina apresentada, portanto, pode-se concluir que a Administração Pública, no Brasil, é tomada como um conjunto de órgãos que terão por finalidade institucional o exercício da função administrativa, que deverá ser norteada pela busca do interesse público. É nessa dimensão que desponta a noção

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

⁹⁷ Ibid., p. 44.

⁹⁸ Id.

⁹⁹ Ibid., p. 46-47.

de boa administração, como o conteúdo a informar toda atuação do poder público em prol da coletividade.

A noção de boa administração pública já era desenhada por José Afonso da SILVA, para quem a boa administração se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito à práticas administrativas honestas e probas.¹⁰⁰

Daniel Wunder HACHEM deixa registrado em sua tese doutoral a existência de um dever de boa administração, decorrente de um princípio jurídico de mesmo nome. Afirma não se tratar de nenhuma novidade, mas sim uma imposição incidente sobre a atividade administrativa dos Estados permeados por uma racionalidade republicana. Referindo-se à Constituição Italiana de 1947, em seu art. 97, onde consta: “As repartições públicas são organizadas conforme disposição de lei, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração”, salienta que juristas italianos deduzem o “princípio constitucional de bom andamento da Administração Pública” e o correlacionam à boa administração, como sendo aquela que desempenha a função “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças a escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”.¹⁰¹

Na doutrina uruguaia, Augusto Durán MARTÍNEZ afirma que o termo boa administração aparece pela primeira vez naquele país, em um texto constitucional em 1952 no artigo 311, ainda que, de maneira defeituosa e com imprecisões o constituinte se adiantava em várias décadas ao que atualmente parece uma das conquistas mais recentes do Estado de Direito.¹⁰²

Ao retratar a Administração Pública e seus princípios básicos, Hely Lopes MEIRELLES refere-se ao Princípio da Moralidade, menciona a boa administração no tocante aos critérios morais subjetivos que, de certa maneira, darão valor jurídico à

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 668.

¹⁰¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 611 p. Tese - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2014, material cedido pelo autor.

¹⁰² MARTÍNEZ, Augusto Durán. **La Buena administración**. Estudios de Derecho Administrativo, n.º 1, Montevideo: La Ley, 2010, p. 173-194.

vontade psicológica do administrador, para que, em razão dessa moralidade subjetiva se possa verificar se o resultado reflete à boa administração ou não.¹⁰³

Fabiano Ferreira FURLAN contribui ao tratar da corrupção política e o Estado Democrático de Direito, ao referir-se ao Estado Cleptocrático¹⁰⁴ de Direito, como sendo aquele que assume paulatinamente uma versão cleptocrática com uma fachada democrática, o que chama de “Estado Vampiro”.¹⁰⁵ O Estado Cleptocrático pode ser considerado como contrário ao verdadeiro Estado Democrático de Direito, naquele não se pode perceber o exercício da boa administração, mesmo estando sob a suposta submissão ao direito. Poderia ser este, talvez, um “conceito negativo” de boa administração.

Jacob SÖDERMAN faz nota, segundo o informe anual do Defensor do Povo do ano de 1997, do que se pode entender por má Administração Pública: “La mala administración se produce cuando una entidade pública no actúa de acuerdo con una norma o principio vinculante para ella.”¹⁰⁶

Observa-se, porém, que a doutrina retrata a boa administração em alguns momentos como princípio, em outros como direito fundamental, razão pela qual serão abordadas as duas perspectivas em separado, nos capítulos 2 e 3.¹⁰⁷

Embora alguns delineamentos conceituais sejam apresentados quanto à boa Administração, em um primeiro momento enquanto Princípio e no segundo momento enquanto Direito Fundamental, não se pretende por fim a digressão sobre sua conceituação com as sucintas explanações trazidas, razão pela qual as próximas linhas foram reservadas para apresentar possibilidades de enquadramento em qualquer das formas apresentadas, sem prejuízo da finalidade que o conceito de boa Administração Pública tenciona servir.

O presente trabalho poderia adotar uma ou outra forma, ou seja, tratar a boa Administração enquanto Princípio ou adotar a ideia de um direito fundamental,

¹⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 85.

¹⁰⁴ “Trata-se de palavra contituída pela junção entre cleptomania e democracia.” FURLAN, Fabiano Ferreira. **A Corrupção Política e o Estado Democrático de Direito**. 2 ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 100.

¹⁰⁵ FURLAN, Fabiano Ferreira. **A Corrupção Política e o Estado Democrático de Direito**. 2 ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 99-100.

¹⁰⁶ SÖDERMAN, Jacob. **El derecho fundamental a la buena administración**. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. n.º 214, 2011, p. 11.

¹⁰⁷ Apresenta-se apenas a noção inicial de boa administração segundo a perspectiva de alguns autores. Outros autores de renome como Juarez Freitas e Celso Antônio Bandeira de Mello foram reservados aos capítulos específicos onde a noção de direito fundamental à boa administração e Princípio da boa Administração serão melhor delineados.

justificar as razões e nomear a boa Administração, mas se entendeu de maior valia demonstrar ambas possibilidades e trilhar por estruturar um caminho razoável para considerar a boa Administração Pública enquanto princípio e também enquanto direito fundamental, por entender que ambos têm acolhida e cabimento no sistema jurídico Brasileiro.

2 DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO: A ORIENTAÇÃO POR PRINCÍPIOS E A RACIONALIDADE DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO PARA A COMPREENSÃO DA BOA ADMINISTRAÇÃO COMO PRINCÍPIO.

Ao se admitir a possibilidade do Princípio da boa Administração Pública, se faz necessário algumas análises a respeito do papel dos princípio no ordenamento jurídico e a abertura constitucional, bem como o debate quanto à possibilidade de decisionismo, em razão da carga axiológica e aberta dos princípios, e o risco para a segurança jurídica.

O que se tem é que o Estado Liberal era marcado pela promessa de segurança nas relações sociais e a proteção da liberdade dos indivíduos, vinculando-se aos chamados direitos de abstenção ou prestações negativas pautadas no princípios da legalidade com a consequente predominância das atividades do Poder Legislativo como sendo este o ideal representante do poder soberano do povo.¹⁰⁸

A proteção da liberdade trazida pelo Estado Liberal, segundo Jorge Reis NOVAIS se deu para que a livre iniciativa de cada membro da sociedade e o funcionamento espontâneo do mercado pudessem resultar na máxima vantagem para todos, porém para que estes resultados se produzissem seria necessário que as leis internas da economia pudessem se desenvolver sem interferências exteriores, principalmente do Estado.¹⁰⁹

Já no Estado Social, também chamado de Estado de Providência, o Estado é chamado a intervir nas relações para conter a crise do capitalismo, na medida em que o anseio pelo lucro induz a exploração dos trabalhadores, ensejando a atuação de limitação à liberdade contratual, a fim de oferecer um mínimo de dignidade aos trabalhadores. Assim originam-se os direitos sociais, impondo ao Estado deveres e prestações positivas, bem como a promoção da busca pela igualdade, recaindo maior parcela de responsabilidades neste momento ao Poder Executivo, em razão

¹⁰⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 141-146.

¹⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 53.

da necessidade de desenvolvimento de políticas para garantia dos direitos fundamentais.¹¹⁰

No mesmo sentido Jorge Reis NOVAIS descreve o Estado Social como um “[...] projeto, orientado para a prossecução de uma justiça social generalizado, desenvolve-se, não apenas numa política econômica [...]”,¹¹¹ tendo por finalidade a “[...] providência estatal das condições de existência vital dos cidadãos, na prestação de bens, serviços e infraestruturas materiais, sem os quais o exercício dos direitos fundamentais não passa de uma possibilidade teórica e a liberdade de uma ficção [...]”.¹¹²

Assim as transformações ocorridas pelo Estado Social buscaram corrigir as mazelas das extremas diferenças sociais do período com a implementação de direitos sociais como direitos subjetivos exigíveis jurisdicionalmente, afastando a titularidade exclusiva do Poder Executivo até então.

A formação no seio do Estado da construção dos direitos sociais evidenciou a necessidade de instituir uma ética pública à atuação estatal com a promoção dos bens sociais e econômicos, preponderando a carga axiológica do texto das novas Constituições. O atendimento das necessidades básicas passa a ser pressuposto para o exercício com liberdade da vida pública e privada.¹¹³

A filosofia constitucional tem apontado dois caminhos distintos capazes de trazer respostas à legitimidade do Direito. No primeiro, há necessidade do reconhecimento de um direito positivo ou se tornará exclusivamente instrumental. No segundo caminho, procura-se encontrar um fundamento transcendente ao direito como faziam os antigos, e romper com a sistemática racionalista instrumental. Caminho este trilhado tanto pelos liberais quanto pelos comunitários e crítico-

¹¹⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 141-146.

¹¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 194.

¹¹² Id.

¹¹³ MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Los derechos económicos, sociales y culturales: su gênesis y su concepto**. “Los derechos económicos, sociales y culturales pretenden, igual que los restantes tipos de derechos fundamentales anteriores, favorecer em la organización dela vida social el protagonismo de la persona, pero no parten de la ficción, em que se basan los restantes derechos, de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner em manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho, em la realidad, puedan competir y convivir como personas com los que no tienen necesidad de esas ayudas. [...] En los derechos económicos, sociales y culturales la igualdad como diferenciación es um médio para alcanzar como meta la iguadad como equiparación [...]”, p. 32-33. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1318/DyL-1995-III-6-Peces-Barba-.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 jun. 2014.

deliberativos,¹¹⁴ possuindo ponto comum, a necessidade da presença da ética no âmbito do direito. Ainda que com contornos distintos as teorias liberais, comunitárias e deliberativas parecem ter caminhado por dois temas centrais – a Constituição e a interpretação constitucional.¹¹⁵

Do ponto de vista da teoria do Direito, chama atenção o fato de que o sistema normativo passa a ser composto não apenas por regras jurídicas, mas também por normas de conteúdo mais aberto, que indicam verdadeiros vetores axiológicos: os princípios.

Paulo Ricardo SCHIER retratou o fato das Constituições serem eminentemente principiológicas e que durante longo tempo, afirmar que determinado enunciado normativo possuía caráter principiológico significava retirar seu caráter normativo. Tal acepção decorria dos modelos conservadores da teoria jurídica, onde princípios não passavam de conselhos éticos ou morais aos quais não se vinculavam os legisladores. Mas restou claro a necessidade de superação desses modelos tradicionais, partindo para modelos que propugnavam a normatividade dos princípios.¹¹⁶

A Constituição enquanto norma suprema da ordem jurídica, fundamento e legitimidade de todas as demais regras que integram o sistema jurídico, recebe o papel de ordenação material e formal ao pacto fundamental, em relação a toda a ordem infraconstitucional, impondo a leitura a partir daquela.¹¹⁷

Em uma primeira aproximação, essa é a natureza jurídica que se atribui à noção de boa Administração, enquanto princípio. Com efeito, pretende-se demonstrar que o Princípio da boa Administração, não tem por fito apenas ser, no ordenamento jurídico, um conselho ético ou moral, ele deve receber toda a tratativa dos princípios enquanto norma constitucional e de sua “leitura” deve decorrer os efeitos principiológicos.

¹¹⁴ “É exatamente no âmbito desta segunda via, que busca dar um sentido ao direito para além de um positivismo cuja marca fundamental é um ceticismo ético associado à ideia de *desencantamento* do mundo, que podemos compreender como liberais, comunitários e crítico-deliberativos retornam ao direito nestes últimos anos.” CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2004, p. 142.

¹¹⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2004, p. 142.

¹¹⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional: anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 97-99.

¹¹⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 84.

Ao retratar a boa Administração Pública enquanto princípio, se faz necessário abordar a orientação por princípios. Preocupa-se com a racionalidade do direito, no sistema constitucional, com a abertura interpretativa e a possibilidade para decisionismo judicial ou arbitrariedades, bem como a discricionariedade na fundamentação dos atos praticados pela Administração Pública¹¹⁸.

Importa construir uma reflexão sobre a utilidade e orientação por princípios a validade da boa Administração enquanto princípio, para que se faça coesa a possibilidade de existência de tal princípio no ordenamento jurídico, e que não seja mera abertura para o decisionismo e arbitrariedade por parte da Administração Pública.

Pro certo, a atribuição de valor normativo aos princípios pressupõe uma análise crítica em relação aos modelos jurídicos clássicos, dentre os quais destaca-se o Positivismo Jurídico. Enumeram-se algumas características do positivismo jurídico, dentre elas, a aproximação entre Direito e norma; a afirmação de que a norma jurídica é una e emana do Estado; a completude do ordenamento jurídico e o formalismo que dará validade à norma se observados os critérios e procedimentos para sua elaboração.¹¹⁹

Inicialmente a ideia do positivismo podia até se apresentar como progressista, pois atacava os alicerces ideológicos do antigo regime, mas posteriormente assume um cunho marcadamente conservador de defesa do *status*.¹²⁰

Este ideal de norma plenamente capaz de solucionar as possíveis lacunas e auto completar operou como uma ideologia de juízo de valor, por influenciar o direito, assim operando-se o fracasso político do positivismo.

O fracasso do positivismo deu abertura para maiores reflexões acerca do Direito, sua função e interpretação, a este ideário de meios para entender o Direito, tem se denominado, pós-positivismo.¹²¹

Evidencia-se que os termos positivismo e pós-positivismo se polarizam, e que trazem uma carga de significados distintos, mas se aproximam das

¹¹⁸ Neste momento pensando no exercício da função Executiva.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito Constitucional Brasileiro**: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 118-119.

¹²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 127.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. lp. 119-120.

terminologias Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo, uma vez que o primeiro refere-se às regras matrizes do direito positivo, inclusive as limitações ao poder, como sendo um dos atributos da Constituição em favor das liberdades.¹²² Já o neoconstitucionalismo estaria mais próximo ou vinculado ao termo pós-positivismo, posto que indica uma perspectiva jusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista, entendida como limites jurídicos ao poder político e anti-positivista, partindo da constitucionalização de um catálogo de direitos fundamentais, propondo assim um modelo teórico para a explicação e descrição do Direito do Estado Constitucional, afastando a tese juspositivista da separação conceitual de Direito e moral, propondo também um modelo axiológico-normativo em cujas linhas deveriam desenvolver-se o Direito real.¹²³

Destarte, tem-se a racionalidade do pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo, pautada em valores, princípios e regras.

Luigi FERRAJOLI estabelece que, dentre as muitas possibilidades de concepção quanto aos termos Constituição e Constitucionalismo, uma característica comum é a que todas transmitem a ideia de submissão dos poderes políticos, inclusive do Poder Legislativo, onde o Constitucionalismo equivale a um sistema jurídico, conjunto de limites, de vínculos substanciais e formais impostos a todas as fontes normativas, bem como uma teoria do direito, que se torna uma concepção prévia de validade das leis, que devem observar se seus conteúdos estão em conformidade com os princípios de justiça e constitucionalidade estabelecidos.¹²⁴

Para Luigi FERRAJOLI o Constitucionalismo possui duas concepções opostas, que são de essencial relevância para este trabalho, uma concepção em que se entende haver a expansão ou o completamento do constitucionalismo, e outra em que a superação do sentido jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico, frequentemente traduzida por neoconstitucionalismo.¹²⁵

No que se refere ao constitucionalismo como ideologia política, este pode identificar-se com a filosofia, que considera que o Estado Constitucional de Direito

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

¹²³ POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 188.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi. ROSA, Alexandre Morais da...[et al.] **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-14.

¹²⁵ Id.

representa a melhor ou mais justa forma de organização política. Assim apresentar o constitucionalismo como a melhor forma de governo há que se fazer frente a um óbice importante, qual seja, o óbice democrático ou o de supremacia do legislador, pois mais Constituição e maiores garantias judiciais reduzem as esferas de decisão das maiorias parlamentares. Desta forma, a filosofia política constitucionalista não é necessariamente equivalente ao chamado patriotismo constitucional, pois a primeira se refere a uma forma certa de organização do Estado de Direito e a segunda consiste em fazer da própria Constituição um elemento de adesão e integração política e social.¹²⁶

O neoconstitucionalismo apresenta-se como uma nova perspectiva de algumas das ideias centrais do positivismo jurídico.¹²⁷ Observa-se, então, que o neoconstitucionalismo prospera ao apresentar ao Direito uma possibilidade de ação interpretativa. Uma das maiores diferenças entre os neoconstitucionalistas e os constitucionalistas está relacionada à rigorosa separação positivista entre Direito e moral.

Pode-se entender o Estado atual como o principal ator a serviço da proteção dos direitos que aparecem como valores morais externos à ordem jurídica, e ao se referir a valores morais, tem-se que o constitucionalismo não conseguiria dar guarida aos aspectos garantistas, em razão de sua submissão limitada à lei.

O neoconstitucionalismo é o resultado da Constituição como regra de jogo da competência social e política que permite garantir a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados, e da Constituição como um programa diretivo¹²⁸ de transformação social e política, não tendo apenas um papel de fixar regras, mas sim, condicionar em maior ou menor grau as futuras decisões coletivas, mediante o reconhecimento de cláusulas que incidem nas políticas públicas. Assim, os documentos jurídicos do neoconstitucionalismo se caracterizam, efetivamente, porque estão repletos de normas que indicam as autoridades públicas e aos particulares o que devem ou não fazer, geralmente recebem distintas denominações

¹²⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 102.

¹²⁷ Ibid., p. 103.

¹²⁸ Refere-se às normas declaratórias de Princípios Programáticos como sendo a opção do constituinte em traçar princípios para serem cumpridos, como programas das respectivas atividades dos fins sociais do Estado. SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001, p. 136.

como valores, princípios, diretrizes, direitos ou garantias, no entanto como se tratam de normas supremas sua eficácia é direta e imediata.¹²⁹

A Constituição pode ser vista, assim como as demais normas, tendo a pretensão de que a realidade se ajuste ao seu conteúdo. Pois o constitucionalismo forte apresenta como características uma Constituição com normas superiores que condicionam a validade de todos os demais componentes do ordenamento jurídico, as quais representam um critério de interpretação prioritário, com eficácia ou aplicação direta, pois enquanto norma suprema sua aplicação será obrigatória. Além de ser uma garantia judicial, na medida em que realizam um controle concreto e abstrato. Por fim, possui um denso conteúdo normativo que tem como destinatários os cidadãos em suas relações jurídicas.¹³⁰

O anti-positivismo presente no neoconstitucionalismo baseia-se nas mudanças estruturais que levam o Estado Constitucional a modificar o Estado de Direito, caracterizado pela redução das fontes jurídicas à lei, o que representa, por um lado, a expressão da vontade do legislador e, por outro lado, o princípio da legalidade. Com a introdução da carta constitucional, que colocou a lei em uma posição subordinada e introduziu, junto aos critérios de validade formal já presentes, critérios de validade material capazes de condicionar a atividade legislativa. O positivismo seria inadequado para dar conta do Direito do Estado Constitucional, pois se altera o objeto, também o método de análise deve ser alterado, pois está ligado ao Estado de Direito.¹³¹

A razão mais relevante da superação do positivismo, ou constitucionalismo, pelo chamado neoconstitucionalismo se refere à noção de validade jurídica, entendida como estrita ou exclusivamente formal, que se revela inadequada e insuficiente para ser empregada pelo Direito do Estado Constitucional.

Os ordenamentos jurídicos ocidentais do pós-guerra seriam exemplo de Direito Constitucionalizado para os quais o juspositivismo seria inadequado, posto que reconhecem princípios de justiça e direitos fundamentais que impõe ao Estado tarefas de intervenção na sociedade e na economia, transformando o árbitro em julgador. Logo, o Estado não mais se permite apenas limitar o respeito das

¹²⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 108-111.

¹³⁰ Ibid., p. 116.

¹³¹ POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 188-190.

liberdades negativas, mas passa a assumir tarefas ativas para cumprir direitos positivos.¹³²

Assim, princípios e direitos são constitucionalizados através de expressões mais amplas e abertas à interpretação, que para serem aplicadas se faz necessário tomar uma posição moral destinada a lhes dar concretude.

Evidencia-se que tanto regras quanto princípios são normas, na medida em que ambos dizem o que deve ser. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diversa. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas e passa a apresentar três teses: 1) a que sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, e seria diante da diversidade existente fadada ao fracasso; 2) a que é defendida por aqueles que embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau; 3) e a que para ele seria a correta, onde sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa.¹³³

Para Ronald DWORKIN as diferenças entre princípios e regras podem ser estabelecidas em dois aspectos: (i) distinção lógica: as duas proposições normativas direcionam a decisão sobre obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, contudo dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, contudo com diversa natureza. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (ii) A segunda perspectiva de diferenciação está na distinção quanto à dimensão: “[...] os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] não obstante, essa

¹³² POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 190.

¹³³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 64-67.

dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.”¹³⁴

Segundo Robert ALEXY: “La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de los derechos fundamentales.”¹³⁵

Ainda conforme o mesmo autor, “[...] principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...]”¹³⁶, ou seja, “[...] son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”¹³⁷ Tem-se que princípios podem ser mais ou menos satisfeitos, já as regras são “[...] que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos [...]”¹³⁸ E conclui que “[...] reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre regla y principios es cualitativamente y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.”¹³⁹

Nota-se que o fato de princípios poderem ser mais ou menos satisfeitos não lhes retira a relevância, muito pelo contrário, isso lhes dá uma margem de realização em qualquer caso, na medida em que podem ser mais ou menos satisfeitos. O que se deduz é que em qualquer das hipóteses será ao menos minimamente realizado, não se trata de uma norma binária (ou realiza tudo ou não se realiza nada). Assim, ao se tratar de princípio, sempre se deve ter ao menos uma realização mínima. O mesmo não ocorrerá com as regras que podem ser totalmente satisfeita ou não satisfeitas, ou seja, uma realização binária. Mesmo princípios aparentemente absolutos, como o da legalidade ou anterioridade tributária, funcionam como mandados de otimização, na medida em que são mitigados ou possuem algum tipo de flexibilização, ou seja, uma forma específica para a sua aplicação relativizada ou

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39-43.

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 63.

¹³⁶ Ibid., p. 67.

¹³⁷ Ibid., p. 68.

¹³⁸ Ibid., p. 68.

¹³⁹ Ibid., p. 68.

para a aplicação de uma regra que tenha sido apresentada pelo constituinte, por exemplo.

Em outras palavras, Gustavo ZAGREBELSKY, retrata a ductilidade do texto constitucional, para que haja uma interpretação “maleável”, para que haja a coexistência de valores e de princípios, sobre o que hoje se baseia necessariamente uma Constituição para não renunciar às suas tarefas de unidade e integração e ao mesmo tempo não se fazer incompatível com sua base material pluralista, assim se exige que tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto.¹⁴⁰

Um dos traços característicos do constitucionalismo atual consiste na fixação mediante normas constitucionais, de princípios de justiça material destinados a informar todo o ordenamento jurídico, o que significa numa mudança referente às concepções do Estado de Direito, sendo que tais princípios não tinham incidência jurídica prática.¹⁴¹

Observa-se, então, que os princípios operam como mandamentos de otimização, significa dizer que podem ser concretizados em maior ou menor grau, mas que o princípio inserido em um ordenamento jurídico busca a otimização, a melhoria, resultado mais favorável, já que ele (o princípio) poderá cada vez mais ser concretizado em maior grau.

Um princípio soa como uma busca incessante pela melhoria constante e ascendente, o que pode auxiliar de forma muito expressiva para o cidadão, para a sociedade e para o Estado, pois o a boa Administração Pública enquanto princípio permite que este opere na realidade social como um mandamento de otimização, para que a Administração realize seus atos em grau cada vez maior de forma a atingir cada vez mais a boa Administração.

O juspositivismo busca separar Direito e moral, mas tal separação não se faz presente no neoconstitucionalismo, que tende à retomada entre Direito e moral nos documentos constitucionais.

Com relação às epistemologias contemporâneas, Paulo Ricardo SCHIER, afirma que não há mais espaço para verdades absolutas, inquestionáveis e universais. O espaço do “nós pensamos” toma lugar do autoritário “penso, logo existo”. A ciência deixa de ser lugar do solitário investigador para se tornar o lugar do

¹⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 14.

¹⁴¹ Ibid., p. 93.

diálogo. A dimensão epistemológica das ciências sociais abre espaço para o homem, através de uma razão dialógica capaz de estabelecer consensos e compromissos.¹⁴²

Assim, o direito deixa de ter a ideia de transitar no campo de verdades incontestáveis ou definitivas, passa a demandar uma argumentação bem estruturada, pois a construção de uma nova tradição exige um ônus de justificação mais acentuado, não sendo compatível com o discurso das respostas prontas, dogmáticas, incontestáveis, onde se pode notar a relevância da teoria da argumentação para a teoria dos princípios.¹⁴³

O que diferencia as Constituições do direito infraconstitucional não é apenas a questão de hierarquia normativa ou grau, mas também seu conteúdo qualitativo. A incorporação de valores, enquanto direitos fundamentais, determina a não separação do conteúdo ético do conteúdo jurídico da Constituição. Para atribuir sentido às disposições constitucionais, seria preciso dar sentido concreto aos valores e adotar certa concepção de princípios e de direitos fundamentais. Não apenas por ser o vértice do sistema normativo, pelo valor moral que parece ser o único a dar unidade a um sistema que perdera sua sistematicidade interna pela falta de sentido, mas pela pulverização e incoerência da lei e de outras fontes de direito. As normas substituídas por valores explicaria a inadequação do método positivista pensado para um Direito composto apenas por regras, é uma das teses fundamentais dos neoconstitucionalistas.¹⁴⁴

No Estado Constitucional é a Constituição a norma hierarquicamente superior, tanto formalmente como substancialmente. A Constituição não impõe ao legislador somente o respeito lógico-formal, mas também o desenvolvimento de normas constitucionais e sua aplicação. As Constituições são dotadas de força, derivada, justamente, de ter constitucionalizado valores que converteriam a Constituição em um objeto completamente diferenciado do Direito infraconstitucional: a Constituição como um valor em si.

Porém, como elabora Paulo Ricardo SCHIER, o processo de constitucionalização permite indiscutíveis avanços, mas pode propiciar indubitáveis

¹⁴² SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 45-48.

¹⁴³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988**. Texto inédito cedido pelo autor. 2013.

¹⁴⁴ POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 198-200.

retrocessos quanto ao perigo de uma subjetivação excessiva do direito, de uma incontornável moralização da juridicidade, de uma fuga da teoria do direito para a teoria da argumentação, da crise da democracia representativa e dos problemas que dizem respeito com a própria controlabilidade e racionalidade das decisões.¹⁴⁵

O Direito por princípios torna-se flexível e dúctil, necessita de uma metodologia interpretativo-aplicativa que não seja severamente dedutiva como a subsunção, mas sim, de uma técnica ponderativa ligada à razoabilidade prática e a instrumentos equitativos uma metodologia ligada ao balanceamento de princípios e valores em cada caso concreto. O intérprete assume o papel de guardião do constitucionalismo atual. Desta forma, a lei ocupa posição subordinada aos ditames constitucionais, um papel residual, perderia seu caráter de livre expressão do poder político, se converteria em mero instrumento de atuação dos princípios constitucionais. O neoconstitucionalismo afirma que o positivismo jurídico e Direitos do Estado constitucional são incompatíveis por diversas razões, como por exemplo, o positivismo ideológico que sustenta que o Direito positivo é justo e deve ser obedecido pelo simples fato de ser positivado, ou mesmo pela concepção positiva de que a lei ordinária possui posição soberana, sendo que no Estado constitucional ela se subordina à Constituição, e ainda em razão do juspositivismo como metodologia, que separou o Direito de moral, expulsando a moral do horizonte jurídico, sendo que o Direito Constitucional, por sua vez está arraigado de princípios morais positivados.¹⁴⁶

O neoconstitucionalismo como teoria do direito pode resumir-se em cinco máximas: I) mais princípios do que regras; II) mais ponderação do que subsunção; III) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; IV) onipresença judicial ao invés de autonomia do legislador ordinário; V) coexistência de uma pluralidade de valores. O neoconstitucionalismo se projeta sobre a teoria das fontes de modo que não é mais possível seguir o rigoroso legalismo.¹⁴⁷

A teoria da argumentação ganha, desta forma, papel de suma relevância para a compreensão e concretização do Neoconstitucionalismo, como sendo o primado

¹⁴⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988**. Texto inédito cedido pelo próprio autor. 2013.

¹⁴⁶ POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. *In*: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 193-195.

¹⁴⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 118.

dos princípios, que devem ser ponderados e não subsumidos, orientadores de todas as áreas jurídicas e hierarquicamente superiores às leis ordinárias.

A compreensão do sistema jurídico exige a presença normativa de regras e princípios, caso contrário a presença de um sistema constituído exclusivamente por regras reduziria a racionalidade prática fomentando a produção legislativa e inflacionando desnecessariamente a regulação dos comportamentos. “Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto”. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional.¹⁴⁸

O desejo de um sistema exclusivamente principiológico também quebraria a busca da segurança jurídica e tornaria mais complexa a aplicação do próprio sistema jurídico. Para J. J. Gomes CANOTILHO o modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios poderia conduzir à consequências também inaceitáveis, com a indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.¹⁴⁹

No mesmo sentido Paulo Ricardo SCHIER, afirma a impossibilidade de existência de um sistema jurídico baseado apenas em regras, pois seria ineficiente para a solução de casos difíceis, bem como inviável um sistema composto apenas por princípios, pois não daria respaldo para solucionar os enunciados imprecisos contidos nas regras para a solução de casos concretos.¹⁵⁰

Assim, se faz necessária a Teoria da argumentação jurídica, para contribuir com esta estruturação do direito e para que a ponderação não represente uma desconstrução da segurança jurídica no ordenamento.

Questiona-se se o Neoconstitucionalismo seria uma abertura para um “déficit” de racionalidade que teria como consequência o decisionismo e o subjetivismo às decisões e interpretações das normas, trazendo ao ordenamento jurídico uma

¹⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1162.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional**: anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2001, p. 104.

sensação de insegurança jurídica, já que trabalha com valores morais e princípios que ultrapassam os critérios básicos adotados pelo juspositivismo.

Para responder ao questionamento feito, nota-se que o decisivo não é mais a mera existência de uma Constituição, mas sim uma Constituição com qualidades materiais ou substanciais, onipresente em todo processo de criação e aplicação do Direito.¹⁵¹

Humberto ÁVILA afirma que as mudanças trazidas pelo Neoconstitucionalismo possuem relação de causa e efeito, ou de meio e de fim, e que há um encadeamento em sua construção, que seriam as Constituições do pós-guerra, inclusive a Constituição de Brasileira de 1988, repletas de princípios em detrimento de regras, e o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação em vez de subsunção, e esta aplicação dependeria mais do Poder Judiciário, que teria que realizar uma atividade de análise mais individual e concreta, levando-se assim a uma aplicação mais centrada na Constituição.¹⁵²

Embora faça a apresentação desta construção quanto ao Neoconstitucionalismo, Humberto ÁVILA elabora uma crítica, onde conclui que não se pode afirmar que a Constituição Brasileira tenha adotado um modelo normativo principiológico, e nem a orientação de que seus fundamentos encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, logo auxiliaria a desvalorização do Constitucionalismo Brasileiro.¹⁵³

Para Paulo Ricardo SCHIER na fase pós-positivista, os princípios operam como expressão de justiça, e caracterizam o núcleo, o “coração das Constituições”, servindo como base para a leitura de todas as questões da dogmática jurídica,

¹⁵¹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 119.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (organizadores). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.188.

¹⁵³ Embora Humberto ÁVILA faça esta construção crítica, no livro Teoria dos Princípios, dá aparente permissão para discordar de sua crítica, pois trabalha com todos os elementos elencados pelo neoconstitucionalismo, desde a construção da distinção entre normas e princípios, os postulados da ponderação, concordância prática, proibição de excesso, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade, dentre outros. ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (organizadores). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 202.

evitando-se uma interpretação meramente formal, nesta fase impõe-se a adequação material e substancial com os padrões de justiça positivados na Constituição.¹⁵⁴

Em virtude do caráter diretamente normativo da Constituição suas cláusulas são de imediata eficácia, com independência e superioridade à lei. As tensões que ocorrem dentro da Constituição não se resolvem na lei ou no Tribunal Constitucional, mas sim na sociedade aberta dos intérpretes constitucionais. Deste modo, o sistema de valores desordenado, porque mais de um princípio entra em jogo num determinado caso, deve ser ponderado por juízes.¹⁵⁵

Neste ponto apresenta-se o risco para o decisionismo, a possibilidade de presença de decisões pautadas em subjetivismo, o que traria o risco ao Direito por afastar a racionalidade e a segurança jurídica.

Ocorre que o Neoconstitucionalismo não tem por fim afastar a racionalidade de seu modo de operar, mas sim controlar, inclusive, traçando meios para o controle do decisionismo.

Para tratar da teoria da argumentação jurídica nota-se que a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. No discurso jurídico existe de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado nos casos concretos. São necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo, mas indaga-se se essas valorações são passíveis de um controle racional.¹⁵⁶

A racionalidade pode operar como mecanismo de controle da argumentação jurídica, já que no discurso jurídico há uma série de condições restritivas, na medida em que estas condições são passíveis do controle de racionalidade.

Relevante contribuição para entender a abertura, embora não apresente um critério de racionalidade, mas um critério ideológico, é feita por Gustavo ZAGREBELSZY, ao afirmar que o Direito Constitucional é um conjunto de materiais de construção, mas o edifício concreto não é obra da Constituição enquanto tal, mas

¹⁵⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional: anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 107.

¹⁵⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 125.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548.

sim de uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações destes materiais.¹⁵⁷

Tais materiais seriam as regras e os princípios, que por si só representam apenas letra da norma, mas a significação e aplicação de tais materiais se dará pelos interpretes, concretizando a política constitucional, e este interprete se valerá neste momento da ponderação.

A ponderação apresenta-se como método indispensável para aplicação dos princípios. As regras, ao contrário são normas que apresentam um conteúdo realizável dentro do juridicamente possível e se reconhecidas como válidas devem ser obrigatoriamente aplicáveis.

A ponderação realizada a partir da proporcionalidade subdivide-se em subprincípios denominados como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. “Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, ‘adequado’. Além disso, esse meio deve se mostrar ‘exigível’, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais”.¹⁵⁸ A estrutura da ponderação importará na proporcionalidade em sentido estrito mediante a demonstração de que o meio utilizado foi o mais adequado para atender a necessidade existente com o menor sacrifício ao princípio colidente. “No último passo do controle da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se se a importância da satisfação do princípio que opera em sentido contrário justifica o dano ou a não-satisfação do outro. Há, portanto, um cotejo da vantagem para o princípio preferido com o custo que se carrega para o princípio relegado.”¹⁵⁹

Porém, na solução de um caso concreto podem ser utilizadas tanto as regras quanto os princípios constitucionais, que permitirão uma melhor sistematização do ordenamento jurídico, bem como uma maior relação entre a norma e a realidade.

Hodiernamente diversas decisões judiciais são pautadas apenas em princípios abstratos como se as regras não existissem, evidente que há a possibilidade de se afastar a incidência de uma regra quando esta for inaplicável ao caso concreto.

¹⁵⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 13.

¹⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p. 70-71.

¹⁵⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

Porém, qualquer decisão deve ser devidamente fundamentada, especialmente quando se afasta a subsunção da norma ao fato, pois a fundamentação das decisões judiciais deve demonstrar que o resultado alcançado foi o mais adequado.

Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA enfrenta tal questionamento remetendo-se aos países do Common Law, que nunca tiveram a ilusão de que os limites do intérprete estariam contidos no próprio texto normativo, porém, não deixa de analisar a coerência e segurança jurídica do sistema, dando relevância aos precedentes vinculantes assim como na razão de decidir para a vinculação dos precedentes nos casos futuros e as hipóteses de revogação e distinção dos precedentes como componentes da própria doutrina.¹⁶⁰

A fundamentação das decisões é mais que um dever judicial, passa a ser um requisito formal de validade e de legitimidade indispensáveis num Estado Democrático de Direito, de outra forma, seria a abertura ao decisionismo judicial e a perda e distorção da segurança jurídica.¹⁶¹

Daniel SARMENTO revela que é possível que um juiz mediano, no momento da aplicação do direito, nem sempre tenha capacidade ou condições de avaliar criticamente a moralidade positiva vigente na sociedade em que está inserido, mas tal problema afetará a todos, mas no caso dos juízes, haverá a vantagem de suas decisões necessitarem de motivação, como previsto no artigo 93, inciso XI da Constituição de 1988.¹⁶²

O modelo de interpretação principialista ora apresentado espelha-se em doutrinas e constituições diversas, como bem mostra Virgílio Afonso da SILVA, ao afirmar que os quatro ou cinco métodos de interpretação constitucional não são necessariamente complementares (às vezes são conflitantes), e quem se dedicar a usar um destes métodos deverá arcar com o ônus da demonstração de sua aplicabilidade e primazia. Afirma, ainda, que seria de suma importância que no Brasil se desenvolvesse uma Teoria Constitucional Brasileira, mas não abre mão do que já

¹⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica:** fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva: 2014, 193-194.

¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional:** os dois lados da moeda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 36-37.

¹⁶² SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 321.

foi construído pela doutrina brasileira, ou não possam ser útil a uma Teoria Constitucional Brasileira, logo admite a utilidade das teorias até então esposadas.¹⁶³

A necessidade da construção de parâmetros que devem ser “buscados para balizar e controlar a interpretação jurídica, de modo a assegurar, ao menos, a aplicação isonômica do direito”, apontando-os “[...] como elementos de verificação da racionalidade do discurso” (reconhecendo-os como “os únicos instrumentos capazes de controlar em alguma medida as possibilidades quase ilimitadas que a ponderação oferece”). Indica, além de parâmetros especiais ou particulares, dois parâmetros gerais para solução dos conflitos no sistema, “eles servem de referência a ser usada pelo aplicador diante de qualquer conflito” ... “podem ser descritos da seguinte forma: (I) em uma situação de ponderação, regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre princípios; e (II) as normas que atribuem ou promovem diretamente direitos fundamentais dos indivíduos devem ter preferência sobre as que com elas por acaso se choquem e se liguem à realização desses direitos apenas de forma indireta.”¹⁶⁴

Ao assumir o pluralismo em uma constituição democrática, assume-se uma proposta de soluções e coexistência possíveis, “um compromisso de possibilidades” e não um projeto rigidamente ordenador baseado na força política. Somente assim pode-se ter constituições “abertas”, que permitam, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social quanto a concorrência para assumir a direção política. Será assim a política constitucional derivada da adesão e do abandono do pluralismo, e não a Constituição que determinará os resultados constitucionais históricos. Logo, não se pode pensar na Constituição como centro irradiador, mas sim como centro onde tudo deve convergir (centro a alcançar e não centro de onde partir).¹⁶⁵

O panorama jurídico traz uma Constituição de princípios garantidos através de mecanismos jurisdicionais, papel este a ser assumido pela argumentação ou pela racionalidade jurídica.¹⁶⁶

¹⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológicos**. In: _____. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 134-143.

¹⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 160-164.

¹⁶⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho Dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 14.

¹⁶⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 133.

Robert ALEXY tem que os princípios operam como mandamentos de otimização podendo ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, mandamentos de otimização.¹⁶⁷

Princípios constituem mandados de otimização com forte carga valorativa e ética, via de regra, derivados de opções políticas que os colocam como direção a seguir. A direta ligação entre princípios e valores é facilmente reconhecida quando a eficácia de princípios e a busca de sua otimização representam diretamente a realização de valores.¹⁶⁸

Para Luís Roberto BARROSO “Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.”¹⁶⁹

Na medida em que uma Constituição é evidenciada inteiramente por princípios, (quer sejam eles entendidos como mandamentos de otimização ou como valores), transforma-se claramente em um instrumento interpretativamente aberto e, ao contrário das anteriores, agora admite a influência de valores externos, deixando aos seus exegetas a função de dar-lhe o seu sentido e direção.

Paulo Ricardo SCHIER considera que os princípios são valores jurídicos supremos de uma sociedade, servindo como parâmetro de aplicação do Direito para o Estado e a sociedade civil, passando a construir verdadeira reserva de justiça.¹⁷⁰

Esse texto constitucional pautado em princípios necessita para sua efetividade ampla regulamentação, que provocou vasta legislação, criando uma sociedade altamente regulada e normatizada, o que propicia certa discricionariedade deixada nas mãos dos juízes, o poder para fazer escolhas e impor ideias em assuntos antes reservados ao legislativo. A partir dessa constatação, torna-se necessária a discussão quanto aos limites, a necessidade e a conveniência de um judiciário politizado.

Para Eneida Desiree SALGADO a discricionariedade do judiciário não deve servir para legislar, mas para poder descortinar a regra existente pautada em

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 68.

¹⁶⁸ Ibid., p. 138

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum. 2013, p. 33.

¹⁷⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 128.

princípios, sendo que, as regras devem remeter-se a um princípio para sua justificação, para que não seja irracional, arbitrária ou injusta.¹⁷¹

Celso Antônio Bandeira de MELLO¹⁷² considera que princípios situam-se como “[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”¹⁷³

A compreensão do sistema jurídico exige a presença normativa de regras e princípios, caso contrário a presença de um sistema constituído exclusivamente por regras reduziria a racionalidade prática fomentando a produção legislativa e inflacionando desnecessariamente a regulação dos comportamentos. “Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional [...]”. E “[...] um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta.”¹⁷⁴

Uma das principais características do sistema constitucional inaugurado pelo Estado Social está no caráter político da Constituição marcadamente de conteúdo normativo com princípios e regras, tendo alto grau de abstração os princípios estão diretamente vinculados a efetivação dos direitos fundamentais e requerem o balanceamento de seu peso para aplicar ao caso concreto.

O desejo de um sistema exclusivamente principiológico também quebraria a busca da segurança jurídica e tornaria mais complexa a aplicação do próprio sistema jurídico.¹⁷⁵

¹⁷¹ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Data da defesa 26 fev. 2010. 345 p. Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado em Direito do Estado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/22321/?sequence=1>>.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 230.

¹⁷³ Neste sentido, ainda, SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91.

¹⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1162.

¹⁷⁵ “O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do <<possível>> fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e

A textura aberta dos princípios e sua interpretação conforme a Constituição com a finalidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais impõe a utilização da ponderação – sopesamento da proporcionalidade através da solução de sua conflituosidade por meio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A complexidade deste sistema normativo de regras e princípios exige a concepção da solução de conflitos a partir de uma busca de coerência no sistema normativo o que faz com que Ronald DWORKIN conceba a figura do juiz Hércules. As convicções do juiz integram o processo interpretativo e decisório jurisdicional, contudo deve-se levar em conta a história jurídica e expectativas da sociedade onde será aplicado. Essa é a concepção do direito com integridade pressuposto para sua eficiência reconhecendo sua pluralidade e a integração do processo decisório.¹⁷⁶

Ainda que haja o reconhecimento da interferência das convicções pessoais do juiz no processo decisório, a integridade permitiria um freio a esta intromissão diante da exigência de adequação excludente de deliberações que expressem o histórico de uma comunidade sob um prisma negativo como uma esfera que não respeita seus próprios princípios.¹⁷⁷

Quando se refere à colisão de dois princípios, um deve ceder, isso não significa, contudo, sua invalidade, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção, o que ocorre é que um dos princípios têm precedência em face do outro sob determinadas condições.¹⁷⁸

Observa-se que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios, visto que só princípios válidos podem colidir, ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso. Essa relação de tensão

tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1162.

¹⁷⁶ “A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõe, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. [...] uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria.” DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 229.

¹⁷⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 152.

¹⁷⁸ ALEXI, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 70-73.

entre princípios, não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres. Ou seja, nenhum desses deveres goza por si só de prioridade, o conflito deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, como o objetivo de definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.¹⁷⁹

Para Robert ALEXY se considerados isoladamente um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro e essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico, mas orienta para que a solução para o que chama de colisão de princípios se dê no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, que deve ser baseada nas circunstâncias do caso concreto. Desta forma considera que ao se levar em consideração os dados existentes no caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consistirá na fixação de condições sob as quais um princípio tem prevalecerá diante do outro, sendo que em outros casos concretos e sob o efeito de condições diversas, será possível que a questão seja resolvida de forma diversa. Conclui assim que a lei de colisão é a regra que decorre do sopesamento destas condições.¹⁸⁰

Assim, os princípios são marcados pela textura aberta implicando na teoria da argumentação jurídica. Os direitos fundamentais operam, também, como princípios e, em decorrência disso apresentam abertura de interpretação a partir de uma racionalidade construída pela argumentação jurídica.

A influência dos princípios no ordenamento jurídico nacional, muito antes da ascensão do modelo pós-positivista de pensamento, já marcava uma Teoria do Direito comprometida com a busca da justiça material. Na seara do Direito Administrativo, vários foram os doutrinadores que, sob o pensamento de Celso Antônio Bandeira de MELLO utilizavam os princípios como elementos nucleares do sistema jurídico, como será visto no próximo tópico.

2.2 A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRINCÍPIO ESTRUTURANTE IMPLÍCITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 70-73.

¹⁸⁰ Id.

Conforme antes tratado, princípio pode ser entendido como “[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão [...]”, definindo sua lógica e a racionalidade do sistema normativo.¹⁸¹

Princípio consiste em norma jurídica que consagra modelos genéricos e abstratos de conduta, sem estabelecer uma solução única e predeterminada, produzindo uma delimitação genérica de condutas reputadas como compatíveis com a ordem jurídica, consagrando valores a serem atingidos. Não se restringe a fixação de limites, mas sim a escolha da melhor solução possível no caso concreto.¹⁸²

No presente item, a partir das ideias já retratadas no tópico anterior, importa avançar na teoria dos princípios para identificar que, dentre tais normas, despontam algumas que são estruturantes do sistema normativo. Para J. J. Gomes CANOTILHO a Constituição possui um sistema interno baseado, no que nomeia de “princípios estruturantes fundamentais”, que por sua vez se assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadoras desses mesmos princípios. Designa por princípios estruturantes, aqueles que seriam os constitutivos e indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, e na Constituição Portuguesa seriam exemplos: os Princípios do Estado de Direito (arts. 2.º e 9.º), o Princípio Democrático (arts. 1.º, 2.º, 3.º/1, e 10.º), o Princípio Republicano (arts. 1.º, 2.º, 11.º e 228.º/b).¹⁸³

Ensina, J. J. Gomes CANOTILHO, que os princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que dão densidade aos princípios estruturantes e encorpam seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional. Assim, a exemplo do modelo constitucional português, o princípio estruturante do Estado de Direito é encorpado pelos princípios da constitucionalidade, pelo princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, pelo princípio da legalidade administrativa, dentre outros. Os princípios estruturantes são densificados por

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 948-949.

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 136.

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1173-1187.

princípios gerais, princípios especiais e regras constitucionais, e ganham transparência e densidade através de suas concretizações.¹⁸⁴

Refere-se ao termo “princípios fundamentais” àqueles que servem para assegurar a unidade legislativa. Elaborados através de “leis gerais pelos legisladores da República”, ao referir-se a abertura na Constituição Lusitana para o legislador regional em algumas matérias de interesse específico das regiões autônomas. A ideia de Princípios Fundamentais passada por CANOTILHO opera como instrumento hermenêutico para frear a expansividade do interesse específico regional.¹⁸⁵

A construção apresentada por CANOTILHO pode contribuir para qualificar a boa Administração enquanto princípio fundamental, ou como princípio estruturante, onde tal princípio servirá como um instrumento hermenêutico para frear, por exemplo, a expansividade do conceito de interesse público utilizado pela Administração Pública, para justificar seus atos contrários ao interesse coletivo.

Interessante raciocínio de Konrad HESSE, ao tratar da força normativa da Constituição, explicita que somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condições, se desenvolve efetivamente, ou seja, a sua força vital e a eficácia assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva, assim estando presente na consciência geral. Enumera alguns dos elementos mais relevantes para que a Constituição consiga atingir a sua força normativa, e dentre eles ressalta a limitação para a existência de poucos princípios fundamentais.¹⁸⁶

A ideia de princípios fundamentais de HESSE, ou mesmo a de princípio estruturante de CANOTILHO, possibilita que a boa Administração Pública opere como um princípio implícito, do qual os princípios explícitos no art. 37 da CF e outros poderiam ser considerados subprincípios, que buscam dar densidade e concretização àquele.

Marçal JUSTEN FILHO ressalta que os princípios refletem valores, traduzem o modo como a nação concebe e vivencia tais valores, logo é comum que estejam

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1174-1175.

¹⁸⁵ Ibid., p. 809-810.

¹⁸⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 16-21.

explicitamente consagrados na Constituição, mas existem princípios implícitos, derivados ou pressupostos em face da ordem legislativa.¹⁸⁷

Celso Antônio Bandeira de MELLO referindo-se aos Princípios Constitucionais do Direito Administrativo brasileiro afirma que tais princípios podem ser expressos ou implícitos, dentre o rol dos expressos, ressalta os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência retratados no artigo 37 da Lei Maior; quanto aos implícitos apresenta o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, o Princípio da Segurança Jurídica, o Princípio da Finalidade, o Princípio da Razoabilidade, o Princípio da Proporcionalidade, o Princípio da boa Administração, dentre outros.¹⁸⁸

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, considera uma das mais recentes formulações principiológicas a adentrar aos textos doutrinários, o Princípio da boa Administração Pública.¹⁸⁹ Para que seja feita tal construção, fica evidente o caráter implícito, já que não foi expressamente constitucionalizado.¹⁹⁰

Tal construção se pauta na formulação do Direito que o Estado tomou para si, devendo manter a ordem jurídica assim estabelecida, e administrar conforme essa ordem jurídica para atingir os interesses gerais da sociedade. O Estado assume implicitamente o dever de executar todas essas atribuições no mais alto grau possível de excelência, ou seja, produzindo o efetivo atendimento de todos os interesses postos a seu cargo, daí decorrendo o Princípio da boa Administração, segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO.¹⁹¹

Afirma, ainda, que a Administração Pública deverá realizar a melhor gestão possível com os recursos por ela disponíveis, não possuindo outra opção. A boa administração, não é, portanto, uma finalidade disponível que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público, trata-se de um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 137.

¹⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95-122.

¹⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Forense, 2014. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5372-0/epubcfi/6/44>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁹⁰ Id.

¹⁹¹ Id.

públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a boa administração corresponde a um direito cívico do administrado – implícito na cidadania.¹⁹²

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO afirma que “[...] no plano normativo, na Constituição de 1988, o dever da boa Administração decorre diretamente do comando do art. 37, caput, que consagra a obrigatoriedade da eficiência [...]”¹⁹³, porém, parece contradizer a construção, mais útil para este trabalho, feita por Celso Antônio Bandeira de MELLO, supracitada.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO conclui que a boa Administração tem como parâmetros os conceitos de eficiência e de resultado de gestão, onde, a eficiência se traduz na otimização da aplicação dos meios administrativos disponíveis e o resultado, como a idoneidade do fruto da gestão realizada para atender satisfatoriamente aos interesses públicos desejados.¹⁹⁴

Nota-se, ainda, que uma das problemáticas avistadas quanto ao Princípio da boa Administração Pública reside na ausência de texto expresso que lhe promova. Apoiando-se nas contribuições feitas por Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA, ao referir-se aos princípios não escritos (*living constitution* ou constituição invisível) e a aproximação da doutrina do *common law* com o direito brasileiro, fixa ponto comum nos dois sistemas, a existência de uma moralidade decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, e portanto, outros princípios ou direitos não escritos seriam admitidos, desde que decorram daquele. Salienta, ainda, que o inverso poderia ocorrer, ou seja, um direito estabelecido, como o da igualdade, decorra da dignidade da pessoa humana, no processo inverso de interpretação.¹⁹⁵

Salienta, ainda, que as normas escritas são tentativas de positivizar princípios e direitos construídos historicamente pela sociedade, sendo possível que os textos não consigam prever todas essas situações. Evidencia-se, assim, a aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*, no momento em que princípios não escritos operam numa dada ordem jurídica.¹⁹⁶

¹⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Forense, 2014. Acesso em 12 jan. 2015 <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5372-0/epubcfi/6/44>> Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁹³ Id.

¹⁹⁴ Id.

¹⁹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva: 2014, 154.

¹⁹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva: 2014, 154-155.

Normalmente, os princípios, são relativamente gerais, pois ainda não confrontados com as possibilidades do mundo fático. Os princípios podem ser normas “desenvolvidas” ou “criadas”, e a eles deve-se a desnecessidade de serem estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer da tradição de posituação, de decisões judiciais.¹⁹⁷ E com a devida licença, acrescenta-se o trabalho desenvolvido pela doutrina (no ordenamento jurídico brasileiro).

ALEXY ao desenvolver sua teoria dos direitos fundamentais e apresentar uma estrutura para as normas de direitos fundamentais questiona a existência e viabilidade de “Princípios Absolutos”. Menciona que pode haver um problema de invalidade de princípios, quando se está diante de princípios extremamente fracos, ou seja, princípios que em caso algum prevalecem sobre outros. Mas na continuidade retrata dos princípios extremamente fortes, os que não cedem diante de nenhum outro, o que chama de “Princípios Absolutos”, e afirma que se num ordenamento admite tal situação, o teorema da colisão não seria aplicável.¹⁹⁸

Apresenta, ainda, que os princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais, e se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não poderiam estabelecer qualquer limite jurídico a ele.¹⁹⁹

Os Princípios Estruturantes não se valem e não possuem a finalidade dos chamados “Princípios Absolutos”, como ficou evidenciado, pois daria abertura para semelhante problemática retratada pela doutrina pátria, ao se debruçar sobre o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, como se passa a demonstrar.

Cresce a linha teórica que propugna a revisão do conceito de interesse público, especialmente quando se fala de sua supremacia. A necessidade de rediscussão do interesse público estaria relacionada justamente na sua origem e postura autoritária, exigindo que a legitimação da atuação estatal, para que seja reconhecida, deva ser demonstrada em concreto não apenas pelo conteúdo do ato administrativo, mas pela avaliação do procedimento que levou a sua definição.²⁰⁰

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 108-109.

¹⁹⁸ Ibid., p. 111.

¹⁹⁹ Ibid., p. 108-109.

²⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51.

Diante dessa nova formação constitucional com enfoque na proteção dos direitos fundamentais, surgem questionamentos quanto à manutenção e conformação do Princípio da supremacia do interesse público frente à proteção dos direitos fundamentais, dito de outro modo, se o princípio já expressa sua supremacia, imperativo o reconhecimento de que não está identificado com a nova ordem constitucional, onde princípios necessariamente têm textura aberta e permitem o sopesamento. No caso, o caráter *a priori* da supremacia do interesse público afasta a possibilidade de sopesamento, já que indica sempre haver supremacia.

Na medida em que se vale da expressão “supremacia” é provável que já esteja diante de uma relação de preponderância, e prevaleça como argumento “soberano” para qualquer ato da Administração Pública frente aos direitos do cidadão, razão pela qual se abre uma parte para reflexão quanto aos questionamentos suscitados, inclusive como seria a relação do Princípio da supremacia do interesse público diante do Princípio da boa Administração ou do direito fundamental à boa Administração Pública.

Apesar do entendimento de que tal conceito relacionado à supremacia já esteja ultrapassado, ainda se verifica nas administrações públicas, principalmente dos municípios menos abastados que tal argumento continua sendo amplamente utilizado, e seus critérios não coadunam com o entendimento que tem se valido a doutrina atual.

Por vezes a Administração Pública se vale do Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como argumento para justificar determinado ato que pretende praticar. Nestas ocasiões, de forma autoritária, se sobrepõe a qualquer outro interesse, valendo-se de tal argumento em incontáveis situações.

Cita-se como exemplo, uma desapropriação de imóvel próximo das instalações de determinado órgão público para a construção de um estacionamento para os funcionários daquele órgão. Não se apresenta, na descrição em tela, um interesse público, ou melhor, um interesse público primário. Por esta razão a Administração se vale do argumento da supremacia do interesse público, que seria um estacionamento para seus funcionários, em detrimento do interesse privado, o direito à propriedade.

Segundo Marçal JUSTEN FILHO é costumeiro encontrar afirmação de que o Direito Administrativo se fundamenta nos princípios da supremacia e

indisponibilidade do interesse público e que estes princípios têm sido invocados frequentemente, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática.²⁰¹

A construção que se apresentou de atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática, possui um lapso entre o ato e a ordem constitucional democrática, entre eles há o princípio ou direito fundamental à boa administração, e ao atuar de forma contrária a estes, incorre-se na incompatibilidade com o sistema vigente.

A discussão posta permeia justamente em aclarar a permanência ou não do Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado diante do atual ordenamento jurídico constitucional e da sua suposta derrota frente aos direitos fundamentais que afastam a imperatividade e a supremacia do ato administrativo.

Para Dirce Nazaré Andrade FERREIRA e Aloisio KROHLING, no Estado Liberal a supremacia do interesse público foi o manto com o qual se revestiu o Estado para inserir ações em nome da liberdade. De cunho controverso, a liberdade efetivada significou a imposição da vontade de uma classe concretizada pelas mãos do Estado.²⁰²

Mas o conceito de supremacia do interesse público deve se reconstruir, conforme a nova ideia de Direito Administrativo apresentada por Adriana da Costa Ricardo SCHIER, ao retratar obras que ilustram o movimento voltado à construção de um Estado Democrático de Direito, ainda anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, admite o Direito Administrativo como um espaço de luta e como instrumento de emancipação, em que salienta como função do Direito intervir na realidade para construí-la de acordo com um específico ideal de justiça, fundado na dignidade da pessoa humana, sustentada pela chamada dogmática constitucional emancipatória, em que se apresenta uma hermenêutica prospectiva capaz de contribuir para a mudança da triste realidade que acomete a formação social brasileira.²⁰³

²⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 36.

²⁰² FERREIRA, Dirce Nazare Andrade. KROHLING, Aloisio. **O Princípio da Supremacia do Interesse Público no Estado Democrático de Direito e sua roupagem Neoconstitucionalista**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 482-503, julho/dezembro de 2013.

²⁰³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe.

Os conceitos absolutos de supremacia do interesse público e que reafirmam a sua indisponibilidade podem trazer sérios problemas vinculados à falta de instrumento jurídico para limitá-los. Possibilitariam arbitrariedades que podem ofender a democracia e os valores fundamentais. Ressalta-se que no passado o governante adotava fórmulas imprecisas como poder de império, o poder discricionário, o poder de polícia ou a natureza política do ato para justificar as suas decisões subjetivas incompatíveis com a ordem jurídica. Atualmente agentes públicos tem se valido da supremacia do interesse público para evitar o controle e desfazimento de atos defeituosos e violadores de garantias constitucionais.²⁰⁴

Pela compreensão do que se entende por Constituição e do sistema que representa, interesses públicos e privados equiparam-se, nenhum é superior ao outro, ambos são reconhecidos pelo texto constitucional em condições de igualdade, e encontra-se no mesmo patamar de hierarquia. O que deve ocorrer segundo a Constituição, é a prevalência de um ou de outro em determinadas situações, jamais a supremacia, logo não autorizando um princípio supremo, pois colocaria o próprio sistema em risco nas situações diversas ao “princípio supremo”.²⁰⁵

Diogenes GASPARINI se manifesta no sentido de que a aplicabilidade do Princípio da supremacia do interesse público “não significa o total desrespeito ao interesse privado, já que administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito [...]”.²⁰⁶

Essa nova releitura do interesse público é criticada por outra corrente que a coloca como uma mentalidade antiestatista.²⁰⁷ A refutação ao conceito de interesse público enquanto princípio é baseada na sua colocação apriorística. O que se afirma é a impossibilidade de realizar a ponderação do interesse público quando sua própria locução o coloca com supremacia, induzindo a compreensão de que sempre deverá prevalecer. É característica própria dos princípios a possibilidade de

HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse público**. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 382.

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

²⁰⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Descortinando o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 233.

²⁰⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

²⁰⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 292.

ponderação e a definição do peso e valor como métodos de harmonização do sistema constitucional no caso concreto.

A resistência aos posicionamentos que rechaçam a manutenção do interesse público como categoria aplicável com supremacia ou mesmo reconhecido como princípio aponta o que indicam como incongruência da doutrina. Primeiro, a existência de supremacia do interesse público, colocado como *a priori*, seria apenas a indicação de uma tendência para solução de uma conflituosidade, não exigindo sua imposição autoritária de forma necessária. O mesmo raciocínio é encontrado em outros princípios constitucionais como a publicidade. Todos os atos administrativos devem ser públicos, *a priori*, e nem por isso a publicidade deixa de ser reconhecida como princípio.²⁰⁸

Visto sob esse prisma o interesse público como princípio marcado pela supremacia não colocaria os direitos fundamentais em risco e sim, promoveria sua eficácia para o que as prerrogativas da administração são indispensáveis. “Por isso mesmo, o Direito Administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade-liberdade. A Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra o abuso do poder.”²⁰⁹

Crítica Paulo Ricardo SCHIER ao referir-se ao Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, “[...] como já se viu todo e qualquer interesse da Administração Pública, mesmo os mais mesquinhos, serem entronizados ao se transformarem no mágico princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e, assim, sempre poderem ponderar e relativizar o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos.”²¹⁰ Acertadamente faz tal crítica ao se referir a tal princípio nominado como supremo.

²⁰⁸ “Estas colocações indicam que a adoção de um *a priori* apenas fornece um ‘ponto de partida’ preferencial. Não é adequado atribuir um conteúdo dogmatista ao próprio conceito de ‘princípio’. E, ainda, discorda-se da proposição de que ‘uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreto, algo bem diverso de uma tendência abstrata.’ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 292.

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **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. p. 20216

²¹⁰ Ao se referir à flexibilização de regras em razão de princípios onde passaria a observar todos os tipos de argumentação na medida em que se argumentaria a submissão da regra em razão do princípio e todo e qualquer tipo de flexibilização de regras surgiria, como por exemplo, a

Por existirem interesses múltiplos, distintos, contrapostos, merecedores de tutela pelo direito, reputa-se de pouca utilidade o critério da “supremacia do interesse público”, sendo que esta supremacia resultaria na atribuição ao governante de uma margem indeterminável de autonomia para impor suas escolhas, justificadas por este princípio da “supremacia”, quando na verdade pode estar pautada sua decisão em razões de conveniência política pessoal ou partidária. Afirma-se, ainda, ser esta supremacia uma solução de prestígio tão perigosa para a democracia quanto às fórmulas semelhantes adotadas em regimes totalitários, mas a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público, trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.²¹¹

Daniel Wunder HACHEM contribui ao dissertar sobre a supremacia do interesse público, relatando que na doutrina administrativista brasileira convencionou-se justificar a dicotomia (prerrogativas e sujeições) da Administração Pública, como o valor fundamental do interesse público, sendo esta a fundamentação que autoriza a outorga de poderes peculiares à Administração, que servem para permitir salvaguardar os interesses coletivos, bem como, exigir a previsão normativa de restrições ao Poder Público, para que persiga a satisfação das necessidades do corpo social e não se desvie deste fim, e conclui esclarecendo que tal princípio, idealizado por Celso Antônio Bandeira de MELLO, se aproxima do embasamento ideológico da Escola de serviço público francesa, que ressalta o caráter serviente do Estado aos interesses gerais da coletividade, dando relevo aos deveres que a Administração deve cumprir e não aos poderes que possui.²¹²

A divergência surgida quanto à permanência ou não do princípio da supremacia do interesse público a partir da Constituição Federal de 1988 é reforçada pela própria indeterminação do conceito de interesse público. Para melhor

contratação sem concurso público através da ponderação do princípio da eficiência na Administração Pública. SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, outubro/novembro/dezembro, 2005, p. 12.

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45.

²¹² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 420 p. Dissertação – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, PPGD. Curitiba, 21 fev 2011. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

compreensão dos posicionamentos que apontam a sua impossibilidade de manutenção no sistema constitucional vigente, importante análise do contexto constitucional atual.

Em defesa da permanência do Princípio da supremacia do interesse público Emerson GABARDO esclarece que sua definição, ainda que apresente dificuldades, não é maior do que a pretensão de delimitar o conteúdo de justiça, eficiência ou mesmo moralidade, este último que ganhou considerável relevo nos debates atuais.²¹³

Em crítica à permanência da supremacia do interesse público, Paulo Ricardo SCHIER afirma que os interesses públicos e privados não se contradizem, negam ou excluem.²¹⁴

Já GABARDO disserta que não se trata de colidir o direito público com o direito privado, ou o interesse público com o direito subjetivo privado e sim, contrapor os interesses públicos aos interesses privados justificados como pré-requisito da sobrevivência social e pelo princípio da felicidade.²¹⁵

Outra crítica à permanência da supremacia do interesse público está na impossibilidade de sua manutenção diante da existência semântica de que sempre terá supremacia na sua aplicação impedindo a ponderação de valores com exigido pela teoria constitucional. Nessa perspectiva o elemento de ponderação somente poderia ser o interesse público e nunca sua supremacia, ideia defendida por Paulo Ricardo SCHIER. Parte da doutrina afirma serem insubsistentes as críticas tendo em vista que a sua aceitação implicaria em considerar em igual patamar o princípio da legalidade e da autonomia; publicidade e sigilos dos atos administrativos, etc., tendo em vista que o interesse público e o interesse privado estariam em condições de igualdade.²¹⁶

A superação das aporias semânticas destacadas pelo princípio da supremacia do interesse público – especificamente quanto ao seu conteúdo e imperatividade diante da necessidade de respeito aos direitos fundamentais, parece

²¹³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 287.

²¹⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 maio 2014.

²¹⁵ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 292.

²¹⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 296.

possível que sua manutenção seja defendida justamente como garante dos direitos fundamentais.

Nesta compreensão importantes consequências são indicadas: (i) os direitos fundamentais formam parte do interesse público e constituem as metas que direcionam a atuação dos poderes públicos e da administração em especial; (ii) os privilégios e prerrogativas da Administração Pública somente se justificam quando utilizadas para conformação dos direitos fundamentais e nunca como poder arbitrário do Estado; (iii) o possível confronto entre direitos fundamentais e prerrogativas e privilégios estatais penderá em favor daqueles, considerando que decisão em contrário tiraria a legitimidade da atuação do Direito Administrativo já que não repousaria o conceito de interesse público no ordenamento jurídico constitucional.²¹⁷

Deste modo, não se trata de negar a existência do princípio da supremacia do interesse público e sim, de adequá-lo à nova ordem constitucional de respeito integral aos direitos fundamentais. Nisso importa dizer que o interesse público passa a ter seu conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de onde também saem os limites de atuação da ação administrativa na consecução do interesse público, sob pena de controle judicial que terá como parâmetro os direitos individuais, econômicos e sociais reconhecidos pela nova identidade estatal.

Traçando um paralelo entre o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Princípio Estruturante Implícito da boa Administração, não se vislumbra a necessidade da existência de hierarquizar o Princípio da boa Administração no ordenamento jurídico, basta que sirva como razão para fundamentar atos da Administração Pública, pois estes possuem como pressuposto o interesse público permeando os atos da administração, logo, não se faz necessário qualquer Princípio Supremo.

2.3 DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

²¹⁷ GIL, José Luis Meilán. Intereses Generales e Interés Público desde La Perspectiva Del Derecho Público Español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 73.

A compreensão da noção da boa Administração como um princípio estruturante do ordenamento jurídico implica em reconhecer que tal princípio, ainda que implícito, integra o Regime Jurídico Administrativo. Com se sabe, o Direito Administrativo enquanto disciplina jurídica autônoma possui uma série de princípios que lhes são peculiares e guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade, compondo assim, um regime ou sistema jurídico-administrativo.²¹⁸

Partindo-se da premissa de que os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, servindo como alicerce deste sistema, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, servindo como critério para a compreensão e inteligência das normas, bem como para dar-lhes sentido harmônico, Celso Antônio Bandeira de MELLO, afirma que os princípios são instrumentos úteis para a evolução metodológica do trato do Direito Administrativo.²¹⁹

Para Marcelo HARGER o regime jurídico administrativo corresponde ao “[...] conjunto de princípios e regras que regem a atividade administrativa delineando os contornos do Direito Administrativo e tornando-o um sistema coerente e lógico.”²²⁰

Pode-se dizer que o regime jurídico administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas em razão da autoridade da Administração e sujeições decorrentes dos limites impostos pela liberdade dos indivíduos. A Administração se sujeita ao princípio da legalidade para que seja assegurada a liberdade dos indivíduos, e para assegurar sua autoridade, necessária a consecução de seus fins, lhe são outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o privado.²²¹

Pode-se dizer que o regime jurídico administrativo “[...] é um conjunto de normas que exorbita o direito privado e que estabelece sujeições e benefícios em face da Administração e daqueles que com ela mantêm vínculos jurídicos.”²²²

O conjunto das prerrogativas e restrições a que se sujeita a Administração e que não encontram equivalência nas relações particulares se denomina regime jurídico administrativo.²²³

²¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 52.

²¹⁹ Ibid., p. 53-54.

²²⁰ HARGER, Marcelo. Direito Administrativo e Regime Jurídico Administrativo. In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 04.

²²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 60-61.

²²² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração**. Salvador: Juspodivm: 2008, p. 23.

Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO o Direito Administrativo sendo um ramo do Direito Público, no geral, reproduz suas características, acrescidas de outras que lhes são específicas. O regime de direito público resulta da caracterização normativa de alguns interesses como pertinentes à sociedade como um todo, e não de seus indivíduos singularmente. Decorre dessa caracterização, a atribuição de uma disciplina normativa peculiar, que basicamente se estabelece em função de dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.²²⁴

A caracterização do Regime Jurídico Administrativo é de suma relevância pois demonstra o seu delineamento e sobre quais bases se estabelece. E segundo as contribuições apresentadas por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, seriam “prerrogativas em razão da autoridade da Administração e sujeições decorrentes dos limites impostos pela liberdade dos indivíduos”²²⁵, e para Celso Antônio Bandeira de MELLO, pode-se dizer que este se baseia especificamente na “supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público”²²⁶ ambos os conceitos já retratados anteriormente.

Embora os autores supramencionados usem léxicos diversos, ao final os conteúdos se correspondem. As prerrogativas se equiparam à supremacia, pois seriam os “benefícios” ou “condições mais favoráveis” para a realização dos atos administrativos. Já as “sujeições” se equiparam à “indisponibilidade”, pois ambos os conteúdos se referem à limitação em razão da lei na persecução do interesse público. Estes seriam aspectos pertinentes ao regime público especificamente administrativo.

Tais princípios operam como fonte-matriz do sistema jurídico administrativo. E citando Garrido FALLA sobre o binômio expressão esclarecedora traz ao texto, a de que operam como “prerrogativas da Administração” e como “direitos dos administrados”.²²⁷

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 55.

²²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57.

²²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

²²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

Em decorrência deste binômio que representa o regime jurídico administrativo, outros princípios se desdobram para que a Administração Pública possa operar de acordo com o seu regime jurídico.

A redação da Constituição Federal de 1988, que destinou um capítulo próprio para a “Administração Pública”, estruturado no Título III “Da Organização do Estado”, configurando um regime jurídico administrativo constitucional com princípios próprios postos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, referindo a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO ressalta que a Administração Pública está submetida à imposição constitucional de promover o interesse público que, para ele, se traduz no bem de todos, fundamentado no artigo 3.º, IV, da CF, e que este somente será alcançado se a atuação da Administração observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no próprio texto constitucional em seu artigo 37, *caput*.²²⁸

Para a presente pesquisa importa questionar qual seria a distinção entre o princípio da Eficiência e o princípio da boa Administração, que por vezes são retratados como sinônimos. Para tanto se faz necessário compreender, o que se entende por eficiência e pelo princípio da eficiência previsto no sistema jurídico brasileiro.

No capítulo em que estuda a Administração Pública e seus princípios básicos, Hely Lopes MEIRELLES discorre acerca do Princípio da eficiência, como sendo aquele que exige atuação com presteza, perfeição e rendimento funcional, não sendo admitida a realização de seu desempenho pautado apenas na legalidade, exigindo-se resultados positivos para o serviço público e satisfatórios às necessidades da comunidade e de seus membros.²²⁹ Em nada correlaciona eficiência às tradicionais acepções economicista, aproximando-se mais de um possível conceito para boa Administração Pública.

Segundo Emerson GABARDO “A eficiência nasceu de um anseio racionalista de abandono das subjetividades características das concepções medievais, permeadas pela moral religiosa.” E citando Norberto BOBBIO que expressou “um

²²⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse público**. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90.

²²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90.

governo eficiente não é por si só um bom governo”, esclarece que o juízo sobre a eficiência do governo, deve ser um juízo técnico e não moral.²³⁰

A eficiência pode ser tomada por um ideal de racionalização da ação, sendo esta uma expressão que deriva da ideia de razão. Nas Ciências da Administração pode ser tomada como um sistema de constante busca por maior eficiência, referindo-se ao rendimento dos meios.²³¹

A definição da eficiência esperada da Administração Pública não está relacionada ao menor custo da prestação do serviço ou menor interferência nas liberdades individuais. O conceito esperado de eficiência é o relacionado ao melhor atendimento do interesse público o que exige uma contínua redefinição da relação entre o Estado e a sociedade.²³²

O conceito de eficiência advindo da administração privada tampouco opera visando apenas o menor custo. Quando se fala em eficiência inclusive na administração privada, observa-se a tentativa de obter o melhor custo-benefício, o que não deve se distanciar na Administração Pública, onde se tem apenas o destinatário e objetivo final deslocado, na Administração Pública, para o cidadão.

O que se entende por princípio da eficiência aponta além da economicidade, também opera como um princípio expreso vinculante de toda a Administração Pública. Dele decorre o dever de escolher os meios através dos quais o Estado buscará satisfazer as necessidades coletivas. Referido princípio vincula os comportamento positivos da Administração em favor dos cidadãos, devendo o Estado otimizar resultados e maximizar as vantagens de que se beneficiam os administrados, mediante a melhor utilização dos recursos públicos, substituição de mecanismos obsoletos, e uma maior produtividade e melhor qualidade das atividades.²³³

Adriana da Costa Ricardo SCHIER ao tratar do princípio da eficiência acertadamente afasta uma racionalidade meramente mercadológica na esfera dos serviços públicos, sob o risco de esvaziamento dos demais princípios, e ressalta que seu conteúdo deve ser tomado em harmonia com todos os outros princípios da

²³⁰ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p. 57.

²³¹ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 26-27.

²³² MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

²³³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração**. Salvador: Juspodivm: 2008, p. 182-185.

Carta Magna. E afirma que o único conteúdo possível de ser atribuído ao princípio da eficiência seja aumentar o nível de qualidade da estrutura administrativa.²³⁴

Neste diapasão, apenas para não passar despercebido, ressalta-se que não há coincidência do conteúdo do princípio da eficiência, com o possível conteúdo do princípio da boa Administração Pública, aquele é muito mais restrito, enquanto que este é muito mais abrangente.

Raquel Melo Urbano de CARVALHO ressalta a distinção entre eficiência e eficácia, já que não são sinônimos, e descreve que a eficiência refere-se ao uso de meios adequados e a eficácia pertine à produção do resultado esperado como efeitos finais.²³⁵

Embora o princípio da eficiência possa ser por vezes tratado como se fosse o princípio da boa Administração, relevante esclarecimento é feito por Celso Antônio Bandeira de MELLO, ao orientar que o princípio da boa Administração não se radica em dispositivo específico algum da Constituição,²³⁶ e que o Princípio da Eficiência não é mais do que uma faceta de um princípio mais amplo, o Princípio da boa Administração, que seria o desenvolvimento da atividade administrativa do modo mais congruente, oportuno e adequado aos fins a serem alcançados, observando a escolha dos meios e da ocasião, para serem os mais idôneos para tanto.²³⁷

A eficiência e o princípio homônimo, nesta percepção, são decorrentes do Princípio da boa Administração, estão contidos no conteúdo abarcado pela boa Administração.

Os modos de atuação dos agentes públicos na busca por melhor desempenho possível de suas atribuições, para atingir os melhores resultados e o modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público representam o Princípio da Eficiência.²³⁸ Este conteúdo pode até resumir o Princípio da Eficiência,

²³⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração Pública: Apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais**. In: HARGER, Marcelo (Coord.). Curso de Direito Administrativo. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47-48.

²³⁵ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**: Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração. Salvador: Juspodivm: 2008, p. 187.

²³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96.

²³⁷ Ibid., p. 96-123.

²³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 82.

mas não resume o Princípio da boa Administração, que abarca outros valores, sendo mais abrangente e complexo do que o Princípio da Eficiência.

Outros princípios também se encontram no âmbito de abrangência do que se pode entender por Princípio da boa Administração, um desses outros valores que a compõe, seria o Princípio da Moralidade.

Bruno MIRAGEM afirma que o princípio da moralidade ilumina e legitima a ação da Administração Pública, constitui o núcleo de significado da moralidade administrativa, a vinculação da ação administrativa ao interesse público e o respeito aos direitos fundamentais dos administrados.²³⁹

Busca-se com o Princípio da Moralidade da Administração Pública, direcionar sua atuação e de seus agentes, para que o campo da discricionariedade seja conduzido sempre para o melhor interesse comum. Ao ter a moralidade como um princípio iluminador, objetiva-se oferecer uma premissa no agir dos agentes públicos para se atingir, dentre outros, o melhor custo-benefício no serviço público em prol da coletividade e por consequência em prol do Estado e de suas instituições, para que sirvam aos seus fins.

Evidenciam-se os princípios expressos ou implícitos da Administração Pública estão contidos no Princípio da boa Administração, pois todos os atributos já estudados e desenvolvidos balizadores da Administração Pública, continuam sendo essenciais e de extrema relevância para entender o Princípio da boa Administração, que se traduz na reunião destes.

Observa-se, então, que a eleição dos melhores meios para a realização do serviço público (Princípio da Eficiência), deve ser somada aos melhores resultados (Princípio da Eficácia), acompanhada da moralidade e legalidade, onde tais atos devem ser realizados com impessoalidade, publicidade, transparência e outros atributos, se obterá, desta forma, uma diversidade de valores axiológicos como componentes do que se quer tratar por Princípio da boa Administração.

Desta forma a boa Administração Pública enquanto princípio repleto de conteúdo axiológico pode operar como razão do dever ser estatal.

Robert ALEXY ao retratar as regras e princípios como razões, após ter definido regras como razões definitivas e princípios como razões *prima facie*, questiona-se qual seria essa razão, “razão para quê”. Entende que são razões para

²³⁹ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 247.

ações ou para outras razões. Sendo, regras e princípios razões para normas, podem indiretamente servir como razões para ações. Desta forma contribuem, na Ciência do Direito, para a formulação de juízos sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido.²⁴⁰

Para Virgílio Afonso da SILVA princípio como mandamento de otimização é aquele que pode ser concretizado em diversos graus, a ideia contida é a de realização máxima, mas esse grau de realização somente ocorrerá se as condições fáticas e jurídicas forem ideais.²⁴¹

Se a redação do artigo 3.º da Carta Magna Brasileira apresenta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, classificada por José Afonso da Silva como um direito fundamental solidário,²⁴² construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, tais fundamentos da República se distanciam de sua concretização quando afastada a proteção dos direitos fundamentais quer sejam eles expressos ou atribuídos, não podendo o Estado Democrático de Direito eximir-se da responsabilidade em garantir condições para a existência humana digna, posto que estaria se distanciando de seus próprios fundamentos.

Diversos princípios norteiam a Administração Pública, mas deve-se aprimorar esse enfoque dado à doutrina, vez que o regime de direito administrativo é produzido pelos direitos fundamentais, que se manifestam por uma diversidade de princípios e regras.²⁴³

A principal ferramenta para a concretização de direitos fundamentais e a promoção da dignidade da pessoa humana no Estado é a própria atribuição e atuação assumida pelo Estado, em gerir sua estrutura para que seja capaz de promover condições favoráveis para esse fim característico do Estado, que é o bem comum, com a contribuição da estrutura de direitos fundamentais.

²⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo 2008, p. 106-107.

²⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 46.

²⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 184.

²⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 199.

Nas palavras de Paulo BONAVIDES, “[...] nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.”²⁴⁴

A dignidade da pessoa, centro e farol da interpretação e do processo de elaboração das normas, em que o interesse público fundamental, básico, primário, reside em fomentar e propiciar desde o poder público que os cidadãos podem disfrutar, do livre e solidário exercício e desenvolvimento de todos os direitos humanos sem exceção.²⁴⁵

A essência da boa Administração está fundada na dimensão ética, porque se percebe que o governo e a direção de instituições públicas não é uma atividade neutra, ou seja, deve ser uma atividade orientada para um fim, qual seja: o bem-estar integral dos cidadãos.²⁴⁶

No que tange à razão, os princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não for estabelecida uma exceção, razões definitivas. Ambos podem ser considerados razões para ações ou razões para normas (enquanto razões para normas podem ser para normas abstratas/gerais ou para normas individuais). Ainda é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.²⁴⁷

Logo se entende que os princípios podem operar como razões para ações e para regras, logo o Princípio da boa Administração Pública como mandamento de otimização, também pode ser razão para a atuação estatal.

²⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 233.

²⁴⁵ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público**. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 62.

²⁴⁶ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 45.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 83.

3 BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 SOBRE UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A noção da boa Administração Pública é delineada, ainda, dentre os doutrinadores que se debruçam sobre o tema, na perspectiva de reconhecê-la com a natureza jurídica de direito fundamental. A relevância em caracterizar um direito fundamental à boa Administração Pública, dentre outros relevantes fatores, se dá na medida em que estes “ostentam a mais nobre posição do sistema jurídico”,²⁴⁸ o que faz com que sejam colocados numa condição com maior proteção e relevância normativa. Desta forma a doutrina vem gradativamente se enveredado em tratar do direito fundamental à boa Administração Pública.

Precursor do conceito de direito fundamental à boa Administração Pública no Brasil, Juarez FREITAS²⁴⁹ orienta que seria aquela que engloba os direitos à administração transparente, sustentável, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, preventiva, precavida, eficaz e avaliada segundo indicadores qualitativos, em horizonte de longa duração.²⁵⁰ Ou, ainda, a Administração Pública que é “[...] eficiente, eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.”²⁵¹

Para Ingo Wolfgang SARLET a Constituição de 1988, muito antes mesmo da Carta de Direitos da União Europeia, consagrou um direito fundamental à boa Administração. Ressalta que tal direito estaria ancorado principalmente (não exclusivamente) no artigo 1.º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Acrescenta, ainda, que uma boa administração só

²⁴⁸ No mesmo sentido, ao adotar a dignidade da pessoa humana para construir uma ideia de direito fundamental à boa administração: VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81. BITENCOURT NETO, Eurico. **Há um direito fundamental à boa Administração Pública?** In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rei, 2011, p. 154-155.

²⁴⁹ No ano de 2007, a primeira edição da obra *Disicricionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*.

²⁵⁰ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 15.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 20.

pode ser aquela que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo assim, ser uma administração pautada pela probidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade.²⁵²

Ingo Wolfgang SARLET constrói uma ideia de direito fundamental à boa Administração partindo da dignidade da pessoa humana, ou seja, do ser humano como centro do ordenamento jurídico, embora muito breve a construção supracitada, outros autores partem do mesmo ponto, a pessoa humana e sua dignidade, para chegar à uma ideia de direito fundamental à boa Administração Pública.²⁵³

Referindo-se a razão da nova maneira de contemplar o Direito Administrativo, Jaime Rodríguez-Arana MUÑOZ, informa que esta pauta-se na centralidade da pessoa e em seu direito fundamental à uma boa administração, sendo, esta última, a administração que atua sempre a serviço do interesse geral.²⁵⁴

Boa administração exige que seja orientada pelos valores cívicos e suas qualidades democráticas, que são exigíveis a quem exerce o poder na Administração Pública. Poder tal, que deve ser aberto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensível, cooperativo, atento à opinião pública, dinâmico e compatível.²⁵⁵

Antonio Enrique Pérez LUÑO entende que “existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.”²⁵⁶

Esse nexo introduz abertura à discussão quando a necessária fundamentalidade do direito à boa Administração Pública como pressuposto do Estado, em que se exige a garantia dos direitos fundamentais, e somente poderá

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgang-sarlet.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

²⁵³ BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito fundamental à boa Administração Pública? In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rei, 2011, p. 153.

²⁵⁴ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 136.

²⁵⁵ Ibid., p. 135.

²⁵⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 19.

fazê-lo se observar que há uma premissa maior que deve ser concretizada pelo Estado, para a efetivação dos demais direitos, que será analisado mais adiante.

Para Eurico BITENCOURT NETO o direito fundamental à boa Administração seria um novo conteúdo de direito fundamental, retirado de norma constitucional implícita e inspirado no art. 41 da Carta de Nice, referindo-se ao “[...] conjunto de restrições jurídicas a que se sujeita a decisão administrativa [...]”.²⁵⁷

No mesmo sentido Vanice Regina Lírio do VALLE constrói uma ideia de direito fundamental à boa Administração fazendo referência à Carta de Nice e à Constituição brasileira de 88, afirma que ambos documentos possuem “[...] o mesmo discurso, ainda que através de distintos códigos de fala.”²⁵⁸

Jaime Rodríguez-Arana MUÑOZ entende que o bom governo ou a boa administração, instala-se em parâmetros a partir dos quais a ação pública deve se ocupar em melhorar a realidade e situar a pessoa no centro de suas preocupações.²⁵⁹

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, denominada Carta de Nice, proclamada em 2000, inclui em seu artigo 41, o direito à boa Administração, e segundo Jesus Ángel Fuentetaja PASTOR, foi um salto qualitativo, pois no âmbito jurisprudencial já se falava em princípio da boa Administração, mas os tribunais europeus nunca se arriscaram na mutação do mesmo em direito subjetivo dos cidadãos.²⁶⁰

O risco seria falar do direito fundamental à boa Administração Pública sem ter claro seu conteúdo concreto. A própria jurisprudência da Comunidade europeia nunca retratou a existência de tal direito subjetivo. Enquanto princípio podia se entender como um conjunto de regras que regem a ação das instituições, impondo a

²⁵⁷ No mesmo sentido, ao adotar a dignidade da pessoa humana para construir uma ideia de direito fundamental à boa administração: VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81. BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito fundamental à boa Administração Pública? In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rei, 2011, p. 154-155.

²⁵⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82-84.

²⁵⁹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 22.

²⁶⁰ PASTOR, Jesus Ángel Fuentetaja. **El derecho a la buena Administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea**. Revista de Derecho de la Unión Europea. N.º 15 – 2.º semestre, 2008, p. 137-138.

estas um comportamento que permita alcançar um equilíbrio e respeito aos direitos dos administrados.²⁶¹

O direito à boa Administração concebido enquanto direito fundamental por uma perspectiva ideológica, não deve sofrer qualquer desprestígio, pois a finalidade e estrutura que se apresentam nesta perspectiva, não deixam de gozar de racionalidade. Mas se tentará trazer outros elementos conformadores pautados em teorias diversas.

Neste sentido vale-se das palavras de Robert ALEXY, que define que o direito possui um dupla natureza: a de uma dimensão real ou factual (representada pelos elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social), e uma dimensão ideal ou crítica (expressa como elemento de correção moral).²⁶²

A construção de um direito fundamental à boa Administração Pública pela perspectiva ideológica se enquadra na dimensão ideal ou crítica, buscando a correção moral dos atos administrativos em prol da sociedade.

Ingo Wolfgang SARLET ressalta em sua construção a possibilidade de desenvolver a abertura material do catálogo de direitos fundamentais, no que diz respeito aos direitos não expressamente positivados, apresenta alguns exemplos citados pela doutrina, que já possuem aceitação jurisprudencial, dentre eles, tem-se o direito de resistência ou direito à desobediência civil, o direito à identidade genética da pessoa humana, o direito à identidade pessoal, as garantias do sigilo fiscal e bancário, assim como, mais recentemente o direito à boa Administração Pública.²⁶³

Daniel Wunder HACHEM trata o Direito Fundamental à boa Administração Pública e seu perfil aberto e de contornos fluidos, carente de um conteúdo jurídico completamente autônomo, determinado e diferenciado, pois sua essência é preenchida concretamente por outras posições jusfundamentais, e alerta quanto ao risco da proclamação de um direito meramente retórico, que pouco ou nada contribua ao desenho constitucional; mas elucida que esta abertura ao direito

²⁶¹ PASTOR, Jesus Ángel Fuentetaja. **El derecho a la buena Administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea**. Revista de Derecho de la Union Europea. N.º 15 – 2.º semestre, 2008, p. 152.

²⁶² ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno, [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 130.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 90-91.

fundamental à boa Administração criticada por alguns e ressaltada como a grande vantagem por outros, possui um teor cambiante e evolutivo.²⁶⁴

Afirma, ainda, que no contexto europeu o estabelecimento da boa Administração Pública como um direito fundamental, colocou em relevo a posição do ser humano e de seus direitos em sua relação com os organismos comunitários, produzindo um importante valor simbólico e político ao realçar o lugar que deve ser ocupado pela cidadania no processo de construção europeia, ou seja, a potencialidade deste direito seria o protagonismo dado ao ser humano e ganha importância quando transcende a literalidade de sua positivação e passa a ser um norte para a atuação estatal, reconectando a organização estatal com o ser humano.²⁶⁵

Uma das preocupações doutrinárias em conceituar o direito à boa Administração Pública como direito fundamental acosta-se na inflação de direitos fundamentais, e se tudo for direito fundamental, nada será fundamental realmente.²⁶⁶ Em razão de tal percepção, a solução que se apresenta parte do caráter instrumental do exercício da função administrativa, para fins de garantia da efetividade dos demais direitos fundamentais. Há, sob este enfoque uma ampliação da esfera de proteção desses mesmos direitos, e uma busca preventiva ao desenvolvimento da função administrativa, não se referindo a uma inovação no elenco original de direitos fundamentais. Assim, o reconhecimento de um direito ao adequado desenvolvimento da função administrativa, expressa uma faceta de garantia aos direitos fundamentais diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana; podendo ser tido como um direito igualmente fundamental, ainda que de índole instrumental.²⁶⁷

Para Luigi FERRAJOLI a definição teórica de direitos fundamentais pode ser dada quatro respostas diversas, uma do ponto de vista de justiça, do ponto de vista da validade segundo o direito positivo, outra do ponto de vista da efetividade e a quarta posição, sendo o ponto de vista da teoria do direito, e neste aspecto identifica os direitos fundamentais como todos aqueles direitos que são atribuídos

²⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 611 p. Tese - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2014, p. 267. Material cedido pelo autor.

²⁶⁵ Id.

²⁶⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

²⁶⁷ Id.

universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir, sendo esta uma definição estipulativa ou convencional que ocorre como qualquer outra definição da teoria do direito.²⁶⁸

Este entendimento em muito contribui para a estipulação de um direito fundamental à boa Administração Pública, na medida em que estabelece que a definição conceitual dos direitos fundamentais possa ser tida como uma construção estipulada ou convencional, bem como uma conceituação baseada em ressaltar que direitos fundamentais seriam todos aqueles atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas.

Diante das razões estabelecidas se faz necessário verticalizar, um pouco mais, sobre a teoria dos direitos fundamentais, para demonstrar, sob o enfoque desta teoria, quais seriam os pontos convergentes e o divergentes ao assumir um direito fundamental à boa Administração Pública.

O que se pode entender por direitos fundamentais, qual sua finalidade no ordenamento jurídico, o que se pretende com essa categoria de direitos quando reconhecidos dentro de um ordenamento jurídico, são algumas das indagações que se pretende responder nesta etapa do trabalho.

Pensar no modelo de Estado Democrático e em direitos fundamentais tem sido uma tarefa que por diversos momentos se abre à possibilidade de imaginar os fins do Estado, que pode ser considerada a manutenção da dignidade da pessoa humana, como já explicitado. Para que a máxima concretização da dignidade humana seja possível, direitos especialmente tutelados objetivando uma proteção contra possíveis atos legislativos controversos foram inseridos em uma classe especial de direitos que se apresentam nos Estados democráticos constitucionais, os chamados direitos fundamentais.

Segundo José Afonso da SILVA, direitos fundamentais podem ser distribuídos em seis grupos na CF/88, sendo: direitos individuais (art. 5.º da CF), direitos à nacionalidade (art. 12 da CF), direitos políticos (arts. 14 a 17 da CF), direitos sociais (arts. 6.º e 193 e ss da CF), direitos coletivos (art. 5.º da CF) e direitos solidários (arts. 3.º e 225 da CF).²⁶⁹

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copeti Neto, Daniela Cadernatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadernatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 89-92.

²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 184.

Ao seguir tal distribuição, observa-se que a Carta brasileira não manteve um espaço ou capítulo exclusivo dedicado aos direitos fundamentais, e que estes podem ser encontrados praticamente ao longo de todo o texto constitucional, sem que levem a denominação expressa de direito fundamental. Algumas formalidades foram trazidas ao texto constitucional, mas não a de um rol taxativo explicitado em apartado das demais normas do sistema constitucional vigente.

Ingo Wolfgang SARLET ensina que no Estado material de Direito, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder, os direitos fundamentais passam a ser simultaneamente a base e o fundamento do Estado Constitucional Democrático operando como metas, parâmetros, limites da atividade estatal, valores, direitos e liberdades fundamentais, chegando, assim, na ideia de legitimidade da ordem constitucional e do Estado.²⁷⁰

Com essa expressão, tem-se a ideia da estruturação do poder do Estado e concomitantemente com a sua legitimação que se dá na medida em que obedecidos valores, direitos e liberdades fundamentais. Os direitos fundamentais funcionam como base e fundamento do Estado no exercício do poder que lhe é atribuído, razão pela qual se pode suscitar a existência de um direito fundamental à boa Administração Pública, como aquela que está em conformidade com a legitimação, que se satisfaz quando observadas na maior medida possível, simultaneamente, a base e o fundamento do Estado.

Assume relevo a concepção de que os direitos fundamentais constituem algo a mais que a função limitativa do poder do Estado, já que funcionam também como critérios de legitimação do poder estatal, o qual se justifica pela realização dos direitos do homem.²⁷¹ Pretende-se com a ideia de direito fundamental à boa Administração Pública, dentre outros fins, demonstrar que se trata de um direito do homem para a legitimação do poder estatal em suas ações.

Robert ALEXY, ao observar a Constituição Alemã, se indaga sobre o que faz com que um enunciado da Constituição seja considerado uma disposição de direito fundamental e conclui que essa resposta pode se basear em aspectos materiais, estruturais e/ou formais. Segundo os elementos estruturais e substanciais seriam direitos fundamentais apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

²⁷¹ Ibid., p. 71.

próprio Estado, que pode ser uma classificação deveras limitada, em sua percepção, razão pela qual dá preferência pela classificação formal, que é relativa à forma de sua positivação.²⁷²

Os direitos fundamentais estariam necessariamente vinculados ao que se tem designado por “dupla fundamentalidade formal e material”. Entende-se por fundamentalidade material a referência de que bens jurídicos dotados de determinada relevância e essencialidade devem ter uma proteção jurídica reforçada, inclusive em relação às demais normas constitucionais. E fundamentalidade formal, considera-se como resultado do constituinte ter assegurado às normas de direitos e garantias fundamentais, uma aplicabilidade direta (art. 5.º, § 1, da CF/88), onde estas normas teriam desde logo eficácia plena, devendo o Estado se aparelhar para a otimização de sua eficácia e efetividade. Ingo Wolfgang SARLET adota posicionamento de que os direitos sociais expressos ou implicitamente positivados, constantes no título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ou em qualquer outra parte deste instrumento, e mesmo nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil se equiparam, ou melhor, consideram-se²⁷³ direitos fundamentais, logo devendo gozar das prerrogativas protetivas destes.²⁷⁴

Para Ingo Wolfgang SARLET, direitos fundamentais podem ser considerados todas as posições jurídicas relativas às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por sua fundamentalidade material, baseada no seu conteúdo e importância deste, integradas ao texto da Constituição e, portanto, protegidos ao serem retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, desta forma apresentando-se a fundamentalidade formal. Tal sistema aplica-se, segundo SARLET para outras normas em razão do seu conteúdo e significado,

²⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo 2008, p. 68-69.

²⁷³ Com a Emenda Constitucional n.º 45, de 8.12.2004, foi acrescentado o § 3.º ao artigo 5.º, em que os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo existencial” e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos Fundamentais: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 560-561.

equiparando-lhes às primeiras, considerando-as como se fossem normas da Constituição material, estando ou não assentado na Constituição formal.²⁷⁵

Em suma, pode-se dizer que os direitos fundamentais assim o são por, pelo menos, duas razões. Primeiro em razão de serem considerados bens jurídicos que gozam de uma tutela jurídica especial por sua relevância e essencialidade, fazendo com que tenham uma proteção jurídica reforçada, por serem considerados matéria especial, que deve ser protegido diretamente no texto constitucional, inclusive em face dos demais textos constitucionais. Segundo por terem aplicabilidade direta, ou seja, eficácia plena, não necessitando de nenhuma outra norma para terem aplicabilidade ou eficácia, sendo eficazes de imediato.

Robert ALEXY preocupa-se em diferenciar as estreitas conexões entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental. Considera que sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito, porém salienta que a recíproca nem sempre é verdadeira, mais precisamente, afirma que há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos.²⁷⁶

Tal afirmativa, de alguma maneira, conforma o direito fundamental à boa Administração, já que alguns autores que o consideram um direito fundamental, não necessariamente atribuem à ele a função de outorgar direitos subjetivos.

As normas de direitos fundamentais podem ser divididas em dois grupos, o grupo de normas estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e outro onde as normas de direito fundamental são atribuídas. Qualquer norma de direito fundamental, independentemente do grupo que pertença, necessita de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Uma norma de direito fundamental pode encontrar-se expressamente prevista na Constituição (primeiro grupo - normas estabelecidas diretamente pelo texto constitucional), bem como ser derivada de texto exposto (segundo grupo - normas atribuídas ou adscritas por um direito fundamental exposto no texto constitucional). Para as normas diretamente estabelecidas sua argumentação é baseada no próprio texto normativo

²⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 31.

constitucional, e para as atribuídas a fundamentação deve ser construída baseando-se inclusive no texto constitucional expresse.²⁷⁷

Diante da ideia de normas de direito fundamental atribuído construída por ALEXY, não se observa qualquer impedimento para afirmar e construir, sob este aspecto, uma ideia de direito fundamental à boa Administração Pública, e por falta de texto normativo expresse no ordenamento jurídico brasileiro que retrate tal princípio, pode-se fundamentar sua existência com corolário na Dignidade da Pessoa Humana, pois o Estado deve primar por este direito fundamental, e somente o fará na medida em que bem verse a Administração Pública. Ou poderá se pautar no Pacto Republicano afirmado na Carta de 88, onde a *res publica* não pertence aos seus “gestores” momentâneos, razão pela qual devem se empenhar para bem concretizar este dever-poder. Ou, ainda, na forma de organização democrática do poder, adotada pelo Estado Brasileiro, que somente será efetivamente democrático se o ser humano não for servo do Estado e de seus detentores do exercício do poder, mas for parte deste, o que se concretizará pela interação e participação do cidadão garantida pelo Estado por meio de um direito fundamental à boa Administração Pública.

Embora os pontos levantados para afirmar a conformação do direito fundamental à boa Administração sejam favoráveis até o presente momento, elemento mais complexo e menos explorado diz respeito a um possível suporte fático ao direito fundamental à boa Administração Pública.

3.2 ÂMBITO DE PROTEÇÃO E SUPORTE FÁTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTEÚDO ESSENCIAL, DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA.

A presente etapa ocupa-se em identificar a existência de suporte fático e âmbito de proteção do direito fundamental à boa Administração Pública, pois seria desnecessário tratar de um direito fundamental se não houver um âmbito de proteção ou suporte fático.

²⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo 2008, p. 75-76.

Nas palavras de Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO, a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental.²⁷⁸

Quando se fala em suporte fático, nota-se um termo não muito explorado no direito constitucional brasileiro. O suporte fático é explorado no direito penal sob a nomenclatura de “tipo penal”, no direito tributário se vale da terminologia “hipótese de incidência”, e possui alguma utilização por alguns autores no direito civil.²⁷⁹

Questiona-se o que seria protegido e contra o que se protege. Estes questionamentos, dentre outros, são levantados por Virgílio Afonso da SILVA, ao tentar definir qual seria o suporte fático e o âmbito de proteção dos direitos fundamentais.²⁸⁰

Joaquín Brage CAMAZANO apresenta os termos “tipo”, “âmbito normativo”, “âmbito de garantia” ou “âmbito de regulação”, para referir-se ao espaço ou âmbito em que “vale” cada direito fundamental.²⁸¹

Ingo Wolfgang SARLET entende que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção, e usa como sinônimos as expressões campo de incidência normativa ou suporte fático, sem fazer qualquer distinção, entre estes e o suporte fático.²⁸²

Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO acompanham Ingo Wolfgang SARLET quanto à coincidência conceitual entre âmbito de proteção e suporte fático. Valem-se apenas da expressão âmbito de proteção, e o consideram como a parcela da realidade que o constituinte definiu como objeto da proteção da garantia fundamental, ou, ainda, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental.²⁸³

Nas palavras de Gilmar Ferreira MENDES, “O exercício dos direitos pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos

²⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187-193.

²⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 46.

²⁸⁰ Ibid., p. 71.

²⁸¹ CAMAZANO, Joaquín Brage. **Los límites a los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 98-99.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 404-405.

²⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187-193.

constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção, e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos [...].”²⁸⁴

O âmbito de proteção corresponderia aos diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e a consequência comum, a proteção fundamental. “Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais de defesa cuida-se de normas sobre elementos básicos de determinadas ações ou condutas explicitadas de forma lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros.”²⁸⁵

J. J. Gomes CANOTILHO chama de âmbito de proteção (ou domínio normativo), determinados “bens” ou “domínios existenciais”, e dá como exemplo a vida, o domicílio, a religião, dentre outros. Preferindo chamar de “âmbito normativo”, esclarece que se trata da identificação precisa das “realidades da vida” que as normas consagradoras de direitos captam como “objeto de proteção”.²⁸⁶

Pode-se entender que aquilo que se protege seja apenas uma parte, a mais importante do suporte fático, esta parte mais importante chama-se âmbito de proteção do direito fundamental. Ao se identificar o âmbito de proteção do direito fundamental, parte-se para definir o seu suporte fático, que abarcaria além do âmbito de proteção aquilo contra o que se protege. O âmbito de proteção de um direito fundamental refere-se aos atos, fatos, estados ou posições jurídicas protegidas pela norma que garante referido direito.²⁸⁷

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, Gilmar Ferreira MENDES ressalta que é relevante que se identifique “[...] não só o objeto da proteção (o que é efetivamente protegido?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção.”²⁸⁸

Valendo-se das distintas definições para identificar o conteúdo do âmbito de proteção e do suporte fático (pois a corrente que não os difere está subentendida nesta análise, pois soma os dois conteúdos em um único conceito), propõe-se, ao

²⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev, atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

²⁸⁵ Id.

²⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1262.

²⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 71-72.

²⁸⁸ Id.

menos, três hipóteses de delimitação do âmbito de proteção e suporte fático do direito fundamental à boa Administração Pública.

A primeira hipótese pode ser aventada ao estabelecer o Princípio Republicano como âmbito de proteção do direito fundamental à boa Administração Pública, onde o suporte fático pode ser a proteção contra o esfacelamento e esbulho da coisa pública pela Administração.

Como segunda hipótese para estabelecer o âmbito de proteção ao direito fundamental à boa Administração Pública, o Princípio Democrático, e seu suporte fático pode ser definido como o acesso e participação nas decisões do Estado.

Ventila-se, ainda, como terceira hipótese a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental à boa Administração Pública acostar-se na Dignidade da Pessoa Humana, pois este seria o núcleo a ser protegido por tal direito. Neste caso, tem-se como possibilidade de suporte fático: o risco da ingerência de quaisquer recursos públicos. Deste suporte fático poderiam decorrer o dever de condutas positivas ou negativas.²⁸⁹

Na perspectiva positiva ao determinar que Administração Pública realize determinada conduta para que não haja ingerência de recursos públicos e ponha em risco a Dignidade da Pessoa Humana por consequência (ou seja: o dever de concretizar conduta que garanta a correta gestão dos recursos públicos – como por exemplo: o cumprimento da distribuição de gastos das Leis Orçamentárias nas respectivas áreas).

Na perspectiva negativa ao determinar abstenção de condutas por parte da Administração que possam por em risco a si própria e sua capacidade gerencial (ou seja: o dever de não realizar condutas que ponham em risco sua capacidade gerencial – como, por exemplo: as situações de “nepotismo cruzado” não abarcadas por lei ou decisões judiciais).

Mas passa-se a questionar onde estaria o direito fundamental em sua dimensão subjetiva. Em qualquer das hipóteses, ou em outras em que o cidadão possa recorrer às razões da concretização subjetiva da Dignidade da Pessoa Humana, ele estará se valendo também das razões do direito fundamental à boa Administração Pública, pois esta se vincula ao dever de concretizar aquela pelo

²⁸⁹ O que poderia ser denominado como “direito fundamental completo”, pois é composto por um feixe de posições de espécies bastante distintas. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 443.

Estado. Uma é o farol da outra. A Dignidade da Pessoa Humana norteia a boa Administração, que por sua vez deve nortear a Administração Pública para concretizar a Dignidade da Pessoa Humana.²⁹⁰

Na perspectiva de J. J. Gomes CANOTILHO as normas consagradoras de direitos fundamentais não protegem o que se estabelece objetivamente na norma, mas sim o direito que decorre desta, cita diversos exemplos, e anota-se com maior clareza o direito de prestações, onde o exemplo seria o direito ao ensino, direito aos tribunais, etc.²⁹¹

Assim, o âmbito de proteção não deve ser confundido com a proteção efetiva e definitiva.²⁹²

Torna-se relevante separar claramente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e suas limitações buscando apresentar o adequado manejo dos direitos fundamentais, principalmente por parte da jurisdição constitucional e do legislador.²⁹³

Robert ALEXY esclarece ao tratar da construção da noção de suporte fático que “A ideia do conceito de suporte fático como conceito contraposto ao conceito de restrição tem como tarefa abranger todos os pressupostos materiais para a ocorrência da consequência jurídica *prima facie*.”²⁹⁴ Ou seja, o suporte fático das normas que garantem direitos de defesa seriam compostos por dois elementos: “o bem protegido e a intervenção” o que pode ser chamado de “suporte fático composto pelo bem protegido e pela intervenção”.²⁹⁵

Ressalta ainda, a necessidade que o conceito de intervenção seja incorporado ao conceito do respectivo suporte fático, pois entende que a

²⁹⁰ No mesmo sentido: “Daí que os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito são normas a que se pode adscriver um direito fundamental de natureza procedimental.” BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito fundamental à boa Administração Pública? In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rei, 2011, p. 162.

²⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1262-1263.

²⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev, atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 193.

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 405.

²⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p 305.

²⁹⁵ Id.

abrangência da proteção *prima facie* depende, em igual medida, da proteção conferida ao bem protegido.²⁹⁶

Assim se faz necessário, também, conceituar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que tem sido abordado pela doutrina, a partir de dois enfoques distintos, o objetivo e o subjetivo. O primeiro diz respeito aos direitos fundamentais como um todo, a partir de sua dimensão como direito objetivo, ou seja, não titularizado especificamente por ninguém. O segundo enfoque preocupa-se com existência de direitos subjetivos dos indivíduos e a proteção do conteúdo essencial de seus direitos fundamentais.²⁹⁷

Uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo é a teoria da dupla perspectiva dos direitos fundamentais, ao serem considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, ou seja: "direito subjetivo ou (mera) norma objetiva."²⁹⁸

Robert ALEXY questiona a existência de direitos subjetivos a proteção ou se haveria apenas normas que prescrevem que o Estado proteja os indivíduos, sem a eles conferir um direito subjetivo.²⁹⁹

A doutrina e jurisprudência citam a paradigmática decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional Alemã, no caso Lüth, onde constou que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, executivo e judiciário.³⁰⁰

Ao observar tal decisão, tem-se que os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não

²⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 305.

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 147.

²⁹⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p 451.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 167.

somente garantias negativas³⁰¹ dos interesses individuais. Neste sentido os direitos fundamentais passam a operar não como meros princípios e garantias, mas como princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, como um componente estrutural básico da ordem jurídica.³⁰²

Sob o enfoque objetivo, o conteúdo essencial deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo, buscando proteger o conteúdo essencial dos direitos fundamentais para proibir restrições à eficácia destes direitos fundamentais, para que não se tornem sem efeito.³⁰³

Já a perspectiva subjetiva dá a noção de que um titular de direito fundamental tem a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante destinatário (obrigado).³⁰⁴

Tanto a perspectiva objetiva quanto a subjetiva podem ter natureza tanto de princípios quanto de regras, e que ambas as perspectivas possuem igual valor para a teoria dos direitos fundamentais.³⁰⁵ Ou seja, não é a caracterização do direito fundamental em objetivo ou subjetivo que lhe dá o caráter normativo, ambos podem possuir tanto a natureza de regras quanto de princípios, não havendo sobreposição de um ou outro.

Não se busca esgotar ou pormenorizar a noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, bastando, no presente momento, que os conceitos apresentados consigam ser aplicados ao direito fundamental à boa Administração Pública, que pode ser desconstruído se não verificadas tais características retratadas na Teoria dos direitos fundamentais.

Logo, tem-se no conceito objetivo do conteúdo essencial de direito fundamental à boa Administração Pública uma amplitude de grande valia, pois, a princípio, tal direito fundamental teria alta carga valorativa para a sociedade como um todo. Operando como diretriz perante atos da Administração Pública que possam

³⁰¹ Concebe como direitos negativos os correspondentes a uma abstenção estatal e como direitos a prestação positiva os correspondentes a ação estatal, ou seja, um direito a uma prestação. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 442.

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 149.

³⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 71.

³⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 176-178.

³⁰⁵ Ibid., p. 168-169.

contrariar interesses públicos. Mas, ao ser tratado apenas na perspectiva objetiva, não serviria como razão para eventual concretização de direitos subjetivos.

Quanto à perspectiva subjetiva a proteção prática se dá mediante a análise dos casos concretos.

Na dimensão subjetiva, pode em um caso concreto de restrição a um direito fundamental, não atingir a dimensão objetiva daquele direito, razão pela qual se deve proteger o conteúdo essencial subjetivo contra possíveis restrições.³⁰⁶

Pode-se imaginar direitos subjetivos como direitos autônomos não necessitando para sua proteção a argumentação fundada na proteção pelo direito fundamental à boa Administração Pública, mas o que se defende é a fundamentalidade dos direitos necessários para a concretização da boa administração como um grupo de direitos que abarcam o conceito de boa Administração Pública, logo todos aqueles que numa perspectiva subjetiva são necessários para manter o cidadão como centro da atuação da Administração Pública, e numa perspectiva objetiva a noção geral do que se pode entender por boa Administração Pública (como sinônimo geral de governança pública).

Nota-se a complementaridade entre os enfoques objetivos e subjetivos do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O direito fundamental à boa Administração Pública enquadra-se nas suas perspectivas de proteção, tanto a objetiva quanto subjetiva. Na perspectiva objetiva tal conceito se aproxima da ideia de princípio superior do ordenamento jurídico, pois não tem o fito de salvaguardar direitos subjetivos específicos concretos, mas, sob a ótica subjetiva pretende proteger a concretização de direito subjetivo.

Robert ALEXY ao discorrer sobre o conceito e a natureza do direito, mais especificamente sobre o que é direito e o que o direito deve ser, salienta que o

³⁰⁶ Poderia, por exemplo, um cidadão ter denegado de plano o recebimento de uma petição pela Administração Pública Municipal, sob a alegação do não recolhimento de uma determinada taxa supostamente estabelecida por lei. No caso em tela ambos os conceitos de conteúdo essencial continuariam tendo validade e complementariedade para a concretização da pretensão de aceitação da petição pela Administração (não se fala em análise do mérito, mas mera recepção). Sob a ótica objetiva do conteúdo essencial ao direito fundamental à boa Administração, esta necessita que a Administração seja dialógica para ser democrática, o fato da Administração permitir e receber do público em geral as petições à ela direcionada, não configura uma restrição ao direito fundamental à boa Administração Pública por parte da Administração Municipal do exemplo. Mas, sob a ótica subjetiva, analisa-se o anseio pretendido pelo cidadão em seu direito de petição à Administração, e somente no caso específico dele, tal petição foi condicionada imotivadamente ao recolhimento da referida taxa, neste caso estaria sofrendo uma restrição ao direito fundamental subjetivo, pois um dos conteúdos essenciais ao direito à boa Administração Pública é que esta seja dialógica, e que permita que o cidadão possa interagir e acesse informações de seu interesse.

direito é ao mesmo tempo essencialmente autoritário e essencialmente ideal, e que todos os defeitos da dimensão ideal são defeitos jurídicos, mas que de nenhuma maneira tais defeitos possuem meios para minar o que se estabelece na dimensão autoritária, para tanto estas razões adicionais devem compreender razões morais, e que as razões morais são razões normativas. Complementa afirmando que um conceito não-positivista de direito tem necessariamente que ser aplicado para proteger direitos fundamentais dos cidadãos, e que é possível aplicar argumentos normativos para definir a natureza do conceito de direito.³⁰⁷

Outra contribuição para a construção e estruturação do direito fundamental à boa Administração Pública, foi feita por Robert ALEXY, ao tratar do conceito e natureza do direito, ao admitir a aplicação de argumentos normativos, dentre eles a moral, para determinar a natureza e o conceito de direito, o que se fez no presente capítulo mediante uma visão compreensiva.³⁰⁸

Conclui-se que o direito fundamental à boa Administração Pública contém um conteúdo essencial tanto na dimensão objetiva quanto na subjetiva, o que coaduna com a sua caracterização de sua fundamentalidade. Na dimensão objetiva tal direito opera como princípio superior (segundo as palavras de Ingo Wolfgang SARLET). Na dimensão subjetiva a possibilidade que o titular de determinado direito fundamental, tem para impor judicialmente seus interesses tutelados.

Dois autores desenvolvem a partir da concepção de direito fundamental à boa Administração Pública, que se pode entender por um rol de direitos subjetivos, decorrentes do âmbito de proteção do direito fundamental à boa Administração Pública.

Juarez FREITAS apresenta um conjunto compacto e ao mesmo tempo bastante desenvolvido de direitos, regras e princípios, que entende ser a soma de direitos subjetivos públicos decorrentes do direito fundamental à boa Administração Pública. Passa a enumerar o direito à Administração Pública transparente, sustentável, dialógica, imparcial e desviesada, prova e que veda condutas éticas

³⁰⁷ ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 95.

³⁰⁸ Ao referir-se a possibilidade de conceituar direito sob uma visão compreensiva, como sendo aquela que depende da perspectiva de quem conceitua, e o que conceitua como correto Segundo uma correção moral. ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 96.

não universalizáveis, respeitadora da legalidade temperada, preventiva, precavida e eficaz.³⁰⁹

Jaime Rodríguez-Arana MUÑOZ, por sua vez, desmembra do direito fundamental à boa Administração Pública um repertório bastante minucioso de direitos decorrentes da relação entre o cidadão e Administração, sendo: 1- direito à motivação da atuação administrativa; 2- a tutela administrativa efetiva; 3- a solução da atuação administrativa em prazo razoável e justa; 4- receber resposta da autoridade administrativa; 5- apresentar observações escritas, documentos físicos ou por meios informáticos; 6- não necessitar apresentar documentos que já estejam em posse da Administração; 7- ser ouvido antes da tomada de medidas que o afetem desfavoravelmente; 8- direito de participação principalmente por meio de audiências e informações públicas; 9- direito à indenização justa quando lesado em seus bens ou direitos em decorrência do funcionamento de serviços de responsabilidade pública; 10- dirigir-se à administração em línguas cooficiais; 11- serviços públicos e de interesse geral de qualidade; 12- poder escolher os serviços de interesse geral de sua preferência; opinar sobre o funcionamento dos serviços; 13- ter conhecimento das obrigações e compromissos assumidos pela Administração; 14- formular alegações quem qualquer momentos dos processos administrativos; 15- apresentar queixas, reclamações e recursos ante a Administração; 16- ter conhecimento das avaliações dos entes públicos e propor melhorias; 17- interpor recursos judiciais sem que tenha esgotado a via administrativa; 18- acesso às informações administrativas que dizem respeito no âmbito da intimidade, e a declaração motivada do não fornecimento deverá especificar o interesse geral protegido; 19- organização eficaz e racional dos arquivos; 20- acesso às informações de interesse geral; 21- cópia autenticada das suas submissões; 22- ser informado e assessorado em assuntos de interesse geral; 23- ser de ser tratado com cortesia e cordialidade; 24- ter ciência do responsável pela tramitação e o estado do procedimento administrativo; 25- ser notificado por escrito ou pelo uso das novas tecnologias das resoluções que os afetem no menor

³⁰⁹ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21-24.

prazo possível, 26- participar de associações ou instituições de usuários; 27- atuar nos processos administrativos através de representante.³¹⁰

Tem-se, no rol enumerado por Juarez FREITAS e Jaime Rodríguez-Arana MUÑOZ, uma gama do que se pode considerar direitos subjetivos decorrentes do âmbito de proteção do direito fundamental à boa Administração Pública. É evidente que muitos destes direitos podem estar abarcados pelo âmbito de proteção de outros direitos fundamentais, mas o que se propugna com o direito fundamental à boa Administração Pública é o conjunto que poderá dar suporte ao cidadão na concretização do dever de boa Administração por parte do Estado.

Neste sentido se faz necessário citar Jesus Ángel Fuentetaja PASTOR que ao expressar a finalidade do direito fundamental à boa Administração, entende que esta seria a afirmação de um conjunto de direitos instrumentais para permitir o controle da Administração, que o resultado final seria uma grande mescla de direitos, princípios, gerais do direito, princípios diretores e critérios de atuação.³¹¹

Vanice Regina Lírio do VALLE, ao compilar uma série de possíveis conceitos para boa administração, apresenta que administração enquanto função estatal, somente poderá ser qualificada como boa, se estiverem presentes todos os atributos, como: Eficiência, Impessoalidade e abertura para consensualidade.³¹²

Esta amplitude de aspectos presente no direito fundamental à boa Administração Pública, pode ser enquadrada no que Robert ALEXY, chama por “direito fundamental completo”, pois o direito fundamental à boa Administração Pública é formado por um feixe de posições de espécies bastante distintas, e pode incorporar a esse feixe, dentre outros: “um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções” na sociedade (direito de defesa); um direito a “que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas” à sociedade (direito a proteção); um “direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes” para a sociedade (direito a procedimentos) e um “direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas

³¹⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **El derecho fundamental a la buena administración en el marco de la lucha contra la corrupción**. Disponível em: <<http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ConlbeConMexDA/ponyprog/JaimeRodriguezArana.pdf>> Acesso em: 23 jan. 2015.

³¹¹ PASTOR, Jesus Ángel Fuentetaja. **El derecho a la buena Administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea**. Revista de Derecho de la Unión Europea. N.º 15 – 2.º semestre, 2008, p. 137.

³¹² VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79.

benéficas” à sociedade (direito a prestação fática).³¹³ Ressalta, que tais posições propostas ou alegadas podem dizer respeito a direitos *prima facie* ou a direitos definitivos.³¹⁴

Assim o direito à boa Administração não escolhe um único filtro constitucional como razão para o “dever-ser” da Administração Pública, mas atua com diversas facetas principiológicas e para diversas ocasiões em que a Lei, em sentido estrito, por omissão, lacuna ou obscuridade não puder dar guarida às pretensões do cidadão, e estiver diante de uma possibilidade de exigir atuação diversa do Estado nos diversos casos subjetivos concretos, reclamando o direito fundamental à boa Administração Pública.

3.3 BREVE APANHADO DA BOA ADMINISTRAÇÃO ENQUANTO PRINCÍPIO E ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: DOS ELEMENTOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO

A corrupção, o patrimonialismo, os privilégios, e a crise de legitimidade dos atos administrativos são chagas na Administração Pública, que vem demonstrando práticas, em todos os níveis de gestão, em muito afastadas daqueles valores que se pretende concretizar com a noção de boa administração pública, seja na perspectiva principiológica, seja como direito fundamental. Estes aspectos, presentes na pauta das discussões políticas e sociais, apresentam-se como óbices ao desenvolvimento social e econômico. O combate de tais práticas se faz uma das mais necessárias medidas para que a máquina pública possa gozar do atributo de bom governo, mais do que isso, para que possa concretizar seu papel: o de assegurar os valores vinculados à noção de boa Administração Pública.

Vanice Regina Lírio do VALLE entende que novas demandas passam a surgir com a predominância do Estado Democrático e Constitucional de Direito e se questiona quanto à possibilidade de coexistência entre a democracia e o desenvolvimento. A estagnação do governo democrático e o temor dos riscos à própria estabilidade política suscita a ideia de governabilidade como atributo essencial para a superação de ameaças à ordem constitucional, como a

³¹³ Ao explicitar tal ideia Robert ALEXY, refere-se a um direito fundamental completo ao meio ambiente. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p 443.

³¹⁴ Id.

deslegitimação da autoridade, excesso de demandas ao governo, desagregação dos interesses, dentre outros temas que preocupam a governabilidade e consequente atendimento aos direitos fundamentais em um Estado desestabilizado.³¹⁵

Ressalta-se que devido aos elevados índices de exclusão social que, ainda, existem no Brasil, o serviço público deve ser tratado como mecanismo de desenvolvimento social, discutindo-se meios que permitam assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais. O serviço público pode operar como instrumento de concretização de direitos fundamentais permitindo sua otimização como elemento capaz de distribuir riqueza e de gerar desenvolvimento social, mediante atuação necessária e proporcional do poder público.³¹⁶

Adriana da Costa Ricardo SCHIER demonstra após minuciosa análise, que a devida prestação dos serviços públicos permite à sociedade alcançar níveis de desenvolvimento muito mais abrangentes do que a simples diminuição da pobreza, representa a garantia de níveis de bem-estar mais elevados. E enfatiza que a defesa do serviço público prestado sob um regime erigido à categoria de garantia fundamental, pode contribuir para assegurar a redistribuição de bens essenciais à concretização da vida digna.³¹⁷

Para a preservação da continuidade legitimadora do Estado constitucional democrático se faz necessária uma harmonia entre o sistema jurídico-social estabelecido e a concretização no mundo. O Estado tem por finalidade precípua promover a felicidade e proteção de seus integrantes, razão pela qual se idealizou e desenvolveu a presente temática: porque se entende que apenas mediante uma boa Administração Pública é possível ao poder público alcançar os fins para os quais foi criado.

Observa-se na doutrina a boa Administração como um princípio e em outros momentos como um direito fundamental, assim reservou-se parte da pesquisa para qualificar a boa Administração enquanto princípio, onde se discorreu quanto a Teoria dos princípios, objetivando desvendar seu caráter não expresso e sua aceitação no sistema jurídico enquanto um princípio implícito, pautando-se para tanto do método

³¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 28-29.

³¹⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público como direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 293.

³¹⁷ Ibid., p. 283.

lógico-indutivo. Apresentaram-se, ainda, os debates recorrentes acerca da abertura constitucional e a orientação por princípios, para demonstrar o estabelecimento de princípios no ordenamento jurídico como razões para decisões, não significando necessariamente a abertura para o decisionismo ou mesmo subjetividade, mas sim um parâmetro de racionalidade para a compatibilidade dos princípios no ordenamento jurídico constitucional aberto.

Quanto ao direito fundamental à boa Administração Pública trilhou-se por uma conceituação pautada nas doutrinas que o admitem. Foram abertas as discussões quanto aos elementos básicos de sua conformação, sem esgotar evidentemente toda a temática. A construção pautou-se principalmente na sua conformidade com os elementos básicos da Teoria dos direitos fundamentais, justamente aqueles que mais encontram rejeição ou dificuldade de serem analisados. Rol de possíveis direitos capazes de serem exercidos por cidadãos foi apresentado, buscando demonstrar a dimensão subjetiva de tal direito.

Uma breve perspectiva mais prática sobre o tema desenvolvido aborda possíveis instrumentos para a concretização da boa administração.

Jaime Rodríguez-Arana MUÑOZ ressalta a ideia de que assegurar as liberdades das pessoas reais a partir de novas políticas públicas, a Administração Pública estaria diante dos elementos chave para assegurar que as aspirações dos cidadãos possam fazer-se realidade.³¹⁸

Logo, para que se possa concretizar os direitos fundamentais e consequentemente oportunizar a vida digna, principalmente para aqueles que estão à margem da sociedade, seria um pressuposto o recebimento do Estado e seus agentes o máximo empenho para um bom serviço público.

Diversos instrumentos legislativos, instituições e organismos nacionais e internacionais podem auxiliar na construção de um bom governo, a possibilidade de controle e participação do cidadão na Administração Pública pode ser desenvolvida como propugnam tais elementos. Expõem-se brevemente alguns destes elementos que podem auxiliar o cidadão no exercício e concretização da boa Administração Pública em sua dimensão objetiva, e por vezes subjetiva: A Lei de

³¹⁸ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25-26.

Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000);³¹⁹ Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992);³²⁰ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção;³²¹ Mecanismo de Acompanhamento de Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC);³²² Audiências públicas e orçamentos participativos; Conselho de Controle de Atividade Financeira (COAF) e a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA);³²³ Conselho Nacional de Justiça (CNJ);³²⁴ Controladoria Geral da União (CGU);³²⁵ a Organização Transparência Internacional;³²⁶ dentre outros.

³¹⁹ Teve como motivo real as diferenças e debilidades dos sistemas governamentais dos vários Estados, no tocante a desempenho, qualidade e principalmente a instabilidade permanente da política e dos agentes econômicos, ou seja, buscou-se o estabelecimento de medidas de boa elaboração e gestão orçamentária para gerar confiabilidade e consequentemente desenvolvimento econômico-social. BRUNO, Reinaldo Moreira. **Lei de Responsabilidade Fiscal e Orçamento Público Municipal**. 5 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013, p. 49-50.

³²⁰ Pode ser entendido como um Código Geral de Conduta dos agentes públicos seguindo o art. 37, § 4.º, da CF, onde se regula as sanções aplicáveis aos agentes públicos em casos de má gestão pública com enriquecimento ilícito, lesão material ao erário ou lesão formal às normas da Administração Pública, no exercício do mandato, cargo, emprego ou ofício na Administração Pública direta, indireta ou institucional. OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão: corrupção: ineficiência**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163-164.

³²¹ Texto da Convenção na íntegra em português. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2015. Texto do Decreto n.º 5.687 de 31 jan. 2006, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 30 jan. 2015.

³²² Países membros da (OEA), firmaram a Convenção Interamericana contra a Corrupção, em 29 de março de 1996, em Caracas. No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial n.º 4.410, de 7 de outubro de 2002. Trata-se de um instrumento que objetiva promover e fortalecer o desenvolvimento dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, bem como adotar ações que assegurem a cooperação entre os países signatários, e por meio da Convenção, os Estados Partes se comprometem em adequar o direito interno para tipificar, como delitos, os atos de corrupção previstos no Tratado. Garantir a eficácia da implementação dos termos da Convenção, os países membros da OEA expressaram, durante a Terceira Cúpula das Américas, realizada na cidade de Québec, em 2001, seu compromisso de fortalecer o combate à corrupção e, no Plano de Ação então aprovado, acordaram em apoiar a criação de um Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Mesicic) pelos Estados Partes. A finalidade deste Mecanismo consiste em promover a implementação da Convenção da OEA, acompanhar o cumprimento dos compromissos nela assumidos pelos Estados Partes e analisar o modo como de sua implementação. O Mesicic visa, ainda, a facilitar a execução das atividades de cooperação técnica, o intercâmbio de informações, experiências e melhores práticas, bem como a harmonização da legislação dos Estados Partes. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/oea/mecanismo/info/index.asp>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

³²³ Lei n.º 9.613 de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613compilado.htm>. Acesso em: 31 jan. 2015.

³²⁴ O artigo 103-B da Constituição Federal de 1988 estabelece o Conselho Nacional de Justiça sua composição e competências, e dentre estas estabelece o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, bem como zelar pela observância do art. 37 da CF de 1988.

Quando se fala do novo perfil da Administração Pública está se referindo a dois pressupostos importantes: a sua adequação à nova ordem constitucional e o novo modelo de sua legitimidade relacionada à processualidade ou procedimento. Essa legitimidade é estabelecida pela exigência de um procedimento e pelo máximo acesso às informações e participação nos modelos de tomada de decisões.³²⁷

E neste sentido outros dois elementos, que propiciam ao cidadão o exercício do direito à boa Administração em sua dimensão subjetiva podem ser ressaltados: a Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011) e as Ouvidorias públicas, na medida em que ambos possuem como propósito a participação do cidadão diretamente Administração Pública, promovendo a interlocução entre cidadão e Administração.

A Lei de Acesso à Informação está em conformidade com a ideia de gestão pública contemporânea, onde vigora o reconhecimento do princípio da transparência das ações do Estado, permitindo uma maior articulação e organização administrativa, além de contribuir para a concretização da *accountability*, e redução da corrupção. Esta noção de transparência tem o objetivo de resgatar o caráter público das burocracias.³²⁸

O Princípio da transparência aplicado à democracia, tem com objetivo principal gerar nos cidadãos a capacidade de controlar e fiscalizar a Administração Pública, assim como permite ao gestor público fazer efetivo o princípio da publicidade em respeito a sua atuação e prestação de contas.³²⁹

³²⁵ O artigo 1.º, § 3.º da Lei n.º 10.683 de 2003 estabelece que a Controladoria Geral da União integra a Presidência da República. O artigo 17 estabelece sua competência: “À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da Administração Pública federal.” Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.683.htm> Acesso em: 30 jan. 2015.

³²⁶ Organização não-governamental sem fins lucrativos que atua luta pela transparência e combate à corrupção. Produz anualmente importante relatório que retrata os índices de percepção da corrupção no mundo, cartilhas de combate a corrupção, dentre outras. Disponível em: <<http://www.transparency.org>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

³²⁷ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

³²⁸ FILGUEIRAS, Fernando. **Transparência e controle da corrupção no Brasil**. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. (Org.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 133.

³²⁹ MOSCOSO, Andres Martinez. **La transparencia en la Administración Pública del Ecuador**: Las compras públicas electrónicas el “cubo de cristal” de la accountability y buen gobierno. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014, p. 187.

Quanto maior a transparência, maior será a percepção de segurança jurídica e consequentemente a redução da percepção da corrupção, que é a principal variável que se tem em conta para medir o grau de governabilidade de um Estado.³³⁰

O dever de transparência na Administração Pública suplanta a simples publicidade dos atos estatais, como se viu, exigindo, também, a instituição de canais de participação do cidadão na elaboração e decisão dos rumos da boa Administração Pública. O direito de acesso à informação se coloca em dois prismas distintos: enquanto direito subjetivo de acesso à informação individual e como exposição das opções políticas e suas razões justificantes que permitem ao cidadão o controle da efetividade da Administração Pública e tutela dos direitos coletivos.

A Administração Pública busca sua legitimação não somente pela efetivação e respeito aos direitos fundamentais, mas também com a democratização da atuação administrativa. Busca-se a superação de um modelo liberal agressivo de supremacia do interesse público, onde, por vezes, a Administração Pública é colocada como um perigo para a sociedade para tê-la como parceira, com a inserção do cidadão nas decisões públicas através de importantes canais de participação.³³¹

É nesse aspecto que a Lei n.º 12.527/2011 representa importante instrumento de democratização e legitimação dos atos da Administração Pública, a partir da previsão de mecanismos de acesso à informação que possibilitam a participação e o controle da sociedade civil na tutela dos direitos individuais e coletivos.

Por sua vez, o art. 37, § 3º da Constituição Federal de 1988, disciplinou as formas de participação do usuário na Administração Pública direta ou indireta, impondo ao Poder Público a obrigação de criar meios de acesso às informações e a partir delas possibilitar maior controle da atividade administrativa através de canais de reclamações e representações.³³²

³³⁰ Id.

³³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Constitucionalização do Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 111-112.

³³² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial**. Curitiba, 2001, 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Orientação: Romeu Felipe Bacellar Filho.

Nesse caminho, é perceptível a utilidade das Ouvidorias Públicas, por ser um canal para reclamações e representações, ou seja, efetiva participação do cidadão na Administração Pública.

A participação pode ser entendida como aquisição e extensão da cidadania ativa do indivíduo no processo político. A participação social é um instrumento de controle do Estado pela sociedade, possibilidade de os cidadãos definirem critérios e parâmetros para orientar a ação pública. O controle social tem duas dimensões, a primeira corresponde à *accountability* (a prestação de contas); a segunda, decorrente da primeira, consiste na responsabilização dos agentes políticos pelos atos praticados em nome da sociedade, conforme leis e padrões éticos vigentes.³³³

As Ouvidorias Públicas³³⁴ apresentam-se como legítimas ferramentas de prática da democracia participativa, principalmente em razão da responsabilidade de disponibilização da informação pública. As Ouvidorias, além do próprio controle interno que exercem, são responsáveis pelo estímulo e pela efetiva possibilidade de controle social da Administração Pública por parte da população.

O que é conhecido atualmente como ouvidoria, entendida como elo entre a população e o Estado, tem sua origem na Suécia, em 1809 através da figura do *Ombudsman*, que é expressão de origem nórdica, resultante da junção da palavra *ombud*, que significa representante ou procurador, com a palavra *man*, que significa homem. O atual padrão de Ouvidoria Pública brasileira foi inspirado no modelo sueco, que primou pela democracia participativa do cidadão baseada em princípios

³³³ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O local e o global: limites e desafios da participação cidadã**. 3 ed. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA; 2002, p. 38-41.

³³⁴ Antes do surgimento das ouvidorias, dos “defensores del pueblo” ou da figura do “ombudsman” como se conhece atualmente, existiram várias instituições similares por comungar de objetivos comuns aos das instituições atuais, que podem ser tomadas como antecessoras das ouvidorias. Identifica-se na história que os antigos reis egípcios tiveram funcionários para receber reclamações; que Moisés nomeou funcionários para que recebessem as queixas dos hebreus; na Grécia antiga algumas *polis* tiveram vários funcionários oficialmente encarregados do controle da tesouraria, função de vigilância que se estendia sobre todos os outros funcionários; em Atenas os cidadãos podiam queixar-se dos funcionários com o competente *Euthynoi* (nome dado ao encarregado pela fiscalização da resolução do Conselho, por iniciativa popular ou própria), que deveria observar o cumprimento da resolução do Conselho; em Esparta o órgão de controle mais conhecido foi o *Ephorat* (Órgão Espartano estabelecido na metade do século VII a.C, eleito pelo período de um ano) que tinha a incumbência de vigiar as atividades Estatais, inclusive as funções do Rei; no Império Romano por volta do ano 368 foi regulado o *tribuni plebis*, cargo inicialmente vitalício e posteriormente limitado a cinco anos, posteriormente a figura do *defensor civitatis*, que atuava como advogado dos pobres, protegendo e resguardando-os do poder das autoridades; na dinastia de Manchu do Império Chinês ficava a cargo dos censores a vigilância da gestão dos funcionários, e por derradeiro a Constituição de 1676 de New Jersey e a de 1681 da Pennsylvania, tiveram a figura dos censores que objetivavam a defesa da liberdade dos cidadãos e contra ações inconstitucionais das autoridades públicas. CONRAD, María Teresa Pareja Rosales de. **El defensor del Pueblo: Un estudio con especial referencia al Ecuador**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung. 2004, p. 21-23.

de cidadania, objetivando sempre agir em prol da defesa e na busca dos direitos individuais e coletivos da comunidade em geral. As ouvidorias devem se orientar pelo princípio da transparência administrativa e deve almejar, através de seus atos, a eficiência e a ética nos setores em que atua.³³⁵

O advento da Constituição Federal de 1988 representa um marco importantíssimo para as ouvidorias. Apenas depois da redemocratização do Estado foi possível vislumbrar a possibilidade de participação direta da sociedade na gestão pública, já que durante todo o período de ditadura militar vivenciada pelo Brasil, a voz da sociedade, em geral, foi silenciada.³³⁶

Partindo do pressuposto de que o Estado e seus Poderes só são realmente democráticos se suas ações e o processo de tomada de decisão forem visíveis e abertos ao povo³³⁷, pode-se afirmar que as atribuições das ouvidorias são firmadas nos ditames do princípio da transparência administrativa, que consiste não só na informação ao povo do que a Administração Pública executa, planeja ou realiza, mas também na explicação do por que assim atua.³³⁸

Nesta interação entre o cidadão e o Estado podem possuir como atividades: avaliar sugestões, reclamações e denúncias, encaminhando-as às autoridades competentes, o que inclui as comissões de ética, cumpre a estas últimas conhecer as consultas, denúncias e representações formuladas contra servidores públicos, por infringência a princípio ou norma ético profissional, adotando as providências cabíveis.³³⁹

Resta evidente que a cidadania não se satisfaz somente com a atribuição formal de direitos, mas sua identificação na prática. Esse caminho pode representar

³³⁵ SALDANHA, Maisa Machado. **Mediação e Ouvidoria**: Um novo paradigma para o tratamento dos conflitos. Trabalho apresentado no GT 2 Comunicações Científicas: Usos das Mídias e Tecnologias na Educação do II Encontro de Educomunicação da Região Sul. Ijuí/RS. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/educomsul/2013/com/gt1/12.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

³³⁶ BIAGINI, Liane. GOMES, Marta Lopes. **Ouvidoria**: Uma reflexão como instrumento de controle. Revista dos Mestrados Profissionais. 2013. Disponível em: <<http://www.repositorios.ufpe.br/revistas/index.php/RMP/article/view/324/277>>. Acesso em: 05 out. 14.

³³⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42.

³³⁸ Ibid., p. 19.

³³⁹ NOHARA, Irene. **Processo administrativo: Lei n.º 9.784/99 comentada**. Atlas, 2009. VitalBook file. Minha Biblioteca. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522467211/page/74>> Acesso em: 21 maio 2014.

a presença de um grande paradoxo relativo ao “bom governo” e a “justiça”, conforme seja privilegiado mais a liberdade ou a igualdade.³⁴⁰

O que todos os elementos supracitados possuem em comum é o manifesto interesse em combater práticas de gestão ineficientes, ímprobas ou inadequadas, permitindo, assim, que o cidadão tenha acesso a uma Administração mais qualificada, transparente, dialógica, coerente com o mandamento constitucional e com a dignidade social.

Objetivando a satisfação da tutela administrativa efetiva em favor do cidadão, e pode-se entender por essa tutela efetiva a concretização da boa Administração, o Estado Brasileiro vem produzindo instrumentos normativos que tentam atribuir direitos aos princípios informadores da Administração Pública contidos na Constituição de 1988.

Os princípios informadores da Administração Pública a partir de então passam a gozar de força e prestígio de norma constitucional, o que não ocorria nas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969.³⁴¹

E buscando dar essa efetividade, diversas normas e instituições passam a ser regulamentadas para buscar a efetividade e atingimento das finalidades e princípios norteadores da Administração Pública.

³⁴⁰ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Cidadania e Novos Direitos. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 84.

³⁴¹ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 85.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O ROMANTISMO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao se desenvolver a temática da boa Administração Pública, quer seja ela considerada um princípio, quer seja ela considerada um direito fundamental, almejou-se, ao menos, a manutenção do debate acerca do papel do Estado e da Administração Pública em seu sentido amplo.

Trilhou-se por ideias que foram entendidas como relevantes para a construção do trabalho que se apresenta. Desde o Contrato Social como uma realidade social que justifica a ideia de Estado servil. Afasta-se nesta construção qualquer conotação de Estado todo poderoso e “soberano”, a soberania que se pode observar no decorrer da construção é a soberania popular e a ideia da dignidade da pessoa humana como centro irradiador que deve ser atingido nas práticas da Administração Pública, focando nas finalidades que deverão ser atendidas no exercício do poder, em prol da coletividade.

Demonstrou-se brevemente a conformação patrimonialista do Estado brasileiro, sendo possível compreender que o patrimonialismo se manteve, por um período, em razão da necessidade de ocupação e proliferação do domínio português no território da Colônia, porém o modelo adotado pela Coroa Portuguesa foi tão exitoso para aquele fim, que ainda hoje, não se consegue ver a dissociação do patrimônio público e do privado para gestores menos preparados.

A burocracia, idealizada como mecanismo de controle, de racionalidade e de burocracia profissional para a qualificação da máquina pública, também ocorreu nos solos brasileiros, mas não da forma como se idealizou. Aqui mais se aproximou da estamento burocrático.

A degeneração no modelo de gestão trouxe, antes mesmo da Constituição de 1988, uma ideia inicial de Reforma Administrativa, buscando descentralizar e dar ao Estado orientação para práticas gerências já experimentadas na administração privada. Evidente que avanços podem ter ocorrido, mas não foram suficientes, mesmo após a Constituição de 1988 e das propostas de Reforma Administrativa que a sucederam.

Evidencia-se no Brasil, e em muitas outras partes do globo, Estados que ainda expoliam a população com alta carga tributária e serviços públicos com custos demasiadamente elevados, proporcionando índices de desenvolvimento humano

insatisfatórios diante de elevada percepção da corrupção. Tais obstáculos ao desenvolvimento humano e a promoção e proteção de sua dignidade devem ser objeto central do Estado, para justificar sua legitimidade de poder para atuar em nome do interesse público.

Desta forma o trabalho preocupa-se com a identificação do que se pode entender por boa Administração Pública e qual seria o papel de tal instituto. Fica evidente o elo da boa Administração Pública com o interesse público, a dignidade da pessoa humana, com o Estado Constitucional Democrático Republicano. Todas estas características conformam, de certa forma, a necessidade de desenvolvimento do conteúdo da boa Administração, na medida em que são colocadas em risco pelos problema que a boa Administração tenciona combater.

Preocupa-se com a construção dogmática do princípio implícito da boa Administração Pública, decorrente dos elementos constantes na Constituição de 1988. Apresenta-se, ainda, a boa Administração enquanto Princípio Estruturante do Estado Democrático. Os princípios operam como mandamentos de otimização, podendo ser concretizados em maior ou menor grau, o que os diferirá das regras que apresentam-se de forma binária quanto em conflito do outra, devendo funcionar como razões para ações.

Buscou-se elaborar um raciocínio onde o Princípio da boa Administração Pública opere como norteador e razão do dever-ser do Estado para que possa oportunizar o desenvolvimento Democrático-republicano da dignidade da pessoa humana.

Em outra perspectiva, e para introduzir a construção do direito fundamental à boa Administração Pública, elementos básicos da teoria dos direitos fundamentais foram trabalhados. Os conceitos de fundamentalidade material e formal, as distinções e aproximações entre princípios e regras, bem como as bases para conceituar o que se entende por direito à boa Administração Pública e por quais razões estes poderiam se enquadrar ao rol de direitos fundamentais. Trabalhou-se a ideia de direito fundamental à boa Administração Pública e sua conformação com a Teoria dos direitos fundamentais, observando o âmbito de proteção e o suporte fático, bem como as dimensões objetiva e subjetiva.

Com este trabalho buscou-se aproximar o conceito abstrato de boa Administração Pública com a realidade e vida prática dos cidadãos, para tanto, apresenta-se ao final instrumentos para a concretização do Princípio e Direito

fundamental à boa Administração Pública, focando-se as Ouvidorias Pública e a Lei de Acesso à Informação como mecanismos capazes de contribuir nesta construção de medidas que afastem a opacidade do Estado, a improbidade, a corrupção, pessoalidade no trato da coisa pública, a imoralidade nas ações dos agentes do Estado e dos particulares quando em relação com a coisa pública, e da ineficiência que assola o Estado e consequentemente seus cidadãos.

Ao conceber o homem enquanto ser social, se faz necessário a expectativa de equilíbrio entre seus pares para que o sistema em que se vive seja suficiente e harmônico. A busca por uma Administração Pública pautada por direitos fundamentais e pelo direito fundamental à boa Administração Pública, bem como pelo Princípio da boa Administração, pode proporcionar aos cidadãos, um sistema jurídico que propugne pela igualdade real, no campo das concretizações.

O papel do Estado e da Administração Pública em suas atribuições não se subsume em si mesmo. Neste contexto o poder que lhe é conferido não deve servir aos seus agentes na qualidade de poder pelo poder. Mas o poder para servir, e servir a quem e como? Questionamentos que devem ser feitos, pois o Estado sem povo não será Estado, e deve-se observar que o povo é elemento essencial para que se possa falar em Estado. Este elemento deve ser respeitado e protegido, respeito este observável apenas quando o Estado se aprimora com boas práticas de gestão e com a promoção da dignidade da pessoa humana.

Tanto o Princípio quanto o Direito fundamental à boa Administração Pública convergem em sua razão ou finalidade, sendo instrumentos diversos, possíveis de coexistência na ordem jurídica.

Assim, no transcorrer os pontos que se considerou relevantes para este trabalho, tentou-se demonstrar o elo e finalidade geral do Estado com as práticas decorrentes da noção da boa administração. Pode-se entender que o Estado, como organização jurídica da sociedade encontra-se em posição servil e tem por finalidade última o bem-estar, a felicidade e harmonia social. Apresenta-se uma ideia básica do Estado e da organização social pautada no dever de boa Administração, e numa breve perspectiva histórica apresenta a evolução do patrimonialismo no seio do Brasil Colônia e do Brasil República, bem como as tentativas reformistas do Estado brasileiro rumo à boa Administração.

Conclui-se que boa Administração Pública poderá operar tanto como princípio quanto como direito fundamental, e que se a dimensão ética na conduta administrativa não estiver constantemente em alerta, voltada para o bem-estar dos cidadãos e para a boa Administração Pública, a concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais se distanciarão cada vez mais, e não há nada de romântico nisto, mas o risco eminente do esfacelamento do Estado por ausência de legitimidade com atos incompatíveis com o interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivissonno, [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdiccion y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

_____; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho**. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel Derecho, 1996.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Noção Jurídica de Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum. 2013.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Teoria do Estado.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BITENCOURT NETO, Eurico. Há um direito fundamental à boa Administração Pública? In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda.** Belo Horizonte: Del Rei, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política.** 11 ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. **A teoria das formas de governo.** Tradução Sérgio Bath. 10 ed. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa:** Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2013

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Contra o patrimonialismo e o corporativismo**. O Estado de São Paulo. São Paulo-SP, 13 out. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Articles/1995/753.patrimonialismo.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Lei de Responsabilidade Fiscal e Orçamento Público Municipal**. 5 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.

CAMAZANO, Joaquín Brage. **Los Límites a los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: Parte Geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração**. Salvador: Juspodivm: 2008.

CHÂNTELET, François; DUHAMEL, Ilivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **Histórias das ideias políticas**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar. 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, ano 35, n.º 138, abr/jun., Brasília, 1998.

_____. **Temas de direito constituição (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. 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.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAORO, Raymundo Faoro. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi. ROSA, Alexandre Moraes da... [et. al.]. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copeti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Dirce Nazare Andrade. KROHLING, Aloisio. **O princípio da supremacia do interesse público no Estado democrático de direito e sua roupagem neoconstitucionalista**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 482-503, julho/dezembro de 2013.

FILGUEIRAS, Fernando. **Transparência e controle da corrupção no Brasil**. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. (Org.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

_____. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **A Corrupção Política e o Estado Democrático de Direito**. 2 ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 99-100.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIL, José Luis Meilán. Intereses Generales e Interés Público desde la perspectiva del Derecho Público Español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a política e o Estado moderno**. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Celso Basto, 2003.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Tradução Ingo Wolfgang SARLET, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 420 p. Dissertação – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2011. Disponível em:

<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

_____. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária.** 614 p. Tese - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2014, material cedido pelo autor.

HARGER, Marcelo. **Direito Administrativo e Regime Jurídico Administrativo.** In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil.** Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Vozes. [2001].

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales.** 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa:** Publicidade, Motivação e Participação Popular. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto.** Madrid: Universidad Carlos III, 1995. Disponível em: <<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1318/DyL-1995-III-6-Peces-Barba-.pdf?sequence=1>> Acesso em: 09 maio 2014.

_____. **La Buena administración.** Estudios de Derecho Administrativo, n.º 1, Montevideo: La Ley, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes. **Processo administrativo: aspectos polêmicos da Lei n.º 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Forense, 2014. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5372-0/epubcfi/6/44>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

MOSCOSO, Andres Martinez. **La transparência en la Administración Pública del Ecuador: Las compras públicas electrónicas el “cubo de cristal” de la accountability y buen gobierno**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público**. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Neves, Gleisi Heisler. **Ouvidor Municipal: um defensor do povo – Caso de Curitiba**. Curitiba: IBAM, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

NOHARA, Irene Patrícia. Participação Popular no Processo Administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática

dos interesses públicos. In: NOHARA, Irene Patrícia MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes. **Processo Administrativo: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes. **Processo administrativo: aspectos polêmicos da Lei n.º 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Cidadania e Novos Direitos. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Hobbes, liberalismo e contratualismo**. Disponível em: <<http://www.geocities.com/nythamar/rawls3.html>>. Acesso em: 20 maio 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão: corrupção: ineficiência**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 8 ed. Florianópolis: OAB-SC, 2003.

PASTOR, Jesus Ángel Fuentetaja. **El derecho a la buena Administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea**. Revista de Derecho de la Union Europea. N.º 15 – 2.º semestre, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat de Moraes, [1762]. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/contratosocial.html>>. Acesso em 01 jul.2014.

SALDANHA, Maisa Machado. **Mediação e Ouvidoria: Um novo paradigma para o tratamento dos conflitos**. 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia**: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Data da defesa 26 de fev de 2010. 345 p. Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado em Direito do Estado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/22321/?sequence=1>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangсарlet.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988: Algumas Aproximações. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Tradução Ingo Wolfgang SARLET, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo existencial” e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos Fundamentais: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (organizadores). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, Daniel, GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos fundamentais: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

_____. **Ubiquidade constitucional**: os dois lados da moeda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Administração Pública: Apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **O Direito de Reclamação da Administração Burocrática à Gerencial**. Curitiba, 2001, 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Ano de obtenção: 2001. Orientação: Romeu Felipe Bacellar Filho.

_____. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse público**. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. Tese de doutorado. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/21460/Binder1.pdf?sequence=1>> Acesso em: 18 jul. 2013.

_____. Serviço público como direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional: anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Descortinando o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 maio 2014.

_____. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, outubro/novembro/dezembro, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SÖDERMAN, Jacob. **El derecho fundamental a la buena administración**. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. n.º 214, 2011.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O local e o global: limites e desafios da participação cidadã**. 3 ed. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA; 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn

- Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.