

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

VALTER ALVES CARVALHO

O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil

NITERÓI – RJ

2013

VALTER ALVES CARVALHO

O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

Uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional. Linha de Pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. GUSTAVO SAMPAIO TELLES FERREIRA

Niterói – RJ

2013

**Universidade Federal Fluminense
Superintendência de Documentação
Biblioteca da Faculdade de Direito**

C331 Carvalho, Valter Alves.

O direito à boa administração pública : uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil / Valter Alves Carvalho. – Niterói, 2013. 119 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2013.

1. Administração pública. 2. Jurisdição constitucional. 3. Direitos fundamentais. 4. Princípio da efetividade. I. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito, Instituição responsável. II. Título.

CDD 341.3

VALTER ALVES CARVALHO

**O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
Uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional. Linha de Pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional.

Aprovada em 28 de março de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. GUSTAVO SAMPAIO TELLES FERREIRA – Orientador
Universidade Federal Fluminense (UFF)

Prof.^a Dr.^a HELENA ELIAS PINTO
Universidade Federal Fluminense (UFF)

Prof. Dr. ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Niterói - RJ

2013

Para o amigo André Gualini
(*in memoriam*)

*Porque há sonhos e lembranças que persistem
para além dos limites de tempo e de espaço.*

AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer é o reconhecimento de que nada se faz, de fato, sozinho. Dependemos uns dos outros, vivemos sempre conectados aos nossos semelhantes, mais ou menos distantes, mais ou menos presentes, conscientes disso ou não.

Assim, agradeço à minha família, em especial à minha mãe, Erotildes, e à minha irmã Helena, pelo apoio e dedicação ao longo da vida.

Agradeço à Dani e ao Cícero, pelo apoio e amizade de sempre. Ao Ricardo, por dar conta de tudo nos meus meses de licença. Ao Léo Teixeira, pelos imprescindíveis momentos de descontração.

Aos amigos André Cantareli e Maurício Arruda, pelo apoio à distância, com escusas pelo afastamento momentâneo de nossos projetos em comum.

Aos amigos da 1ª Turma do PPGDC-UFF, exemplos de comprometimento e união: Adriano, Alessandra, André, Carlos, Daniel, Devisom, Eduardo, Felipe, Henrique, Ilana, Jeanne, Juliana, Lívia, Luiz Antonio, Malê, Raquel, Siddharta, Taísa e Tatiane, pela convivência fraterna a cada aula, a cada texto debatido, a cada desafio vencido; guardarei lembranças especiais de cada um de vocês.

Aos secretários do PPGDC-UFF, Ana Paula Arantes Silva Antunes e Cláudio Márcio Ribeiro Barbosa, valeu pelo apoio e torcida, bem como pelo profissionalismo sempre eficiente.

Agradeço a todo o corpo docente do PPGDC-UFF pela acolhida e pelo ambiente acadêmico de excelência. Aos professores com quem pude conviver em sala de aula, o reconhecimento pela ampliação de horizontes que me foi promovida: Eduardo Manuel Val, Evandro Menezes de Carvalho, Helena Elias Pinto, Marco Antônio Ferreira Macedo, Marcus Fabiano Gonçalves, Roberto Kant de Lima e Rogério Dultra dos Santos, coordenador sempre presente e dedicado ao desenvolvimento do Programa.

Agradecimentos especialíssimos ao professor e ORIENTADOR, GUSTAVO SAMPAIO TELLES FERREIRA, pelas excelentes aulas ministradas e pelos apontamentos críticos e sinceros, bem como pelo integral respeito aos rumos que dei à pesquisa.

Por fim, um especial agradecimento ao grande amigo Oyama Scharra Mignon de Castro, que, nestes dez anos de crescente amizade, para além do ambiente profissional, sempre me incentivou a aprofundar o estudo do Direito.

“A ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de *dever* (antes do que “poder”), caracterizando uma função, em sentido jurídico.

(...) Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever.*”

(Celso Antonio Bandeira de Mello, 2007, p. 13-14, grifos do autor).

“o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas”.

(Odete Medauar, 2003, p. 267).

“o Estado é obrigado a reconstituir um tecido social que a dinâmica da evolução das sociedades contemporâneas tende permanentemente a dilacerar”.

(Jacques Chevallier, 2009, p. 63).

RESUMO

Analisa-se neste trabalho o reconhecimento do direito à boa administração pública na Constituição brasileira. Estuda-se a noção de boa administração numa perspectiva jurídica, quanto à possibilidade de se caracterizar no ordenamento constitucional um direito à boa administração de titularidade dos cidadãos, investiga-se sua normatividade enquanto direito fundamental de cidadania, bem como os deveres decorrentes para a administração pública. Observa-se que num ambiente constitucional comprometido com a dignidade da pessoa humana este discurso normativo pode funcionar como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais prestacionais. Num ambiente democrático, é através da função administrativa que o Estado mais se aproxima dos cidadãos, com a finalidade de possibilitar acesso aos bens e serviços para os quais se encontra constitucionalmente vocacionado. A pesquisa se justifica ao se considerar que o Estado brasileiro padece de um déficit democrático até os dias atuais, com a sobrevivência de práticas administrativas patrimonialistas. Com a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, o direito administrativo compromete-se com os direitos de cidadania, deixando de ser autorreferente. Assim, buscar elementos legitimadores que vinculem a atuação dos agentes públicos ao atendimento das reais finalidades do Estado, conforme delimitadas pela Constituição – a dignidade humana, os direitos fundamentais, a erradicação da pobreza, dentre outros – é de vital relevância no contexto do Direito. O direito de boa administração, decorrente do conjunto de princípios constitucionais regentes da administração pública, consiste num desses elementos. A metodologia da pesquisa consiste no exame bibliográfico e análise crítica dos pensamentos doutrinários levantados sobre os institutos e conceitos jurídicos objetos do trabalho, com aporte da jurisprudência.

Palavras-chave: direito à boa administração. Administração pública. Direitos fundamentais, efetividade.

RESUMÉ

Dans ce travail il est analysée la reconnaissance du droit à une bonne administration publique dans la Constitution brésilienne. Il est étudiée la notion de bonne administration à partir d'un point de vue juridique, on recherche la possibilité de identifier le droit à une bonne administration détenue par les citoyens dans l'ordre constitutionnel, il est examinée leur normativité comme droit fondamental de la citoyenneté, ainsi que les obligations résultant pour l'administration publique. On observe que dans un contexte constitutionnel engagé à la dignité humaine ce discours normatif peut fonctionner en tant qu'instrument de efficacité des droits fondamentaux, notamment des droits-créance. Dans un cadre démocratique, c'est par la fonction administratif que l'état c'est le plus proche des citoyens, en vue de faciliter l'accès aux biens et services pour lesquels elle est constitutionnellement consacré. Cette recherche est justifiée si l'on considère que l'Etat brésilien souffre d'un déficit démocratique jusqu'à aujourd'hui, avec la survie du pratiques administratives patrimonialistes. Avec la centralité de la Constitution dans l'ordre juridique, le droit administratif est attaché aux droits de citoyenneté, en cessant de se référer à eux-mêmes. Alors, obtenir des éléments de légitimation qui lient les actes des agents publics pour répondre aux fins réels de l'État, d'accord les delimitation de la Constitution – notamment la dignité humaine, les droits fondamentaux, la lutte contre la pauvreté – est d'une importance vitale dans le contexte du droit. Le droit à une bonne administration, en raison des le cadre des principes constitutionnels de l'administration publique, est l'un de ces éléments. La méthodologie de recherche consiste à examiner la littérature et analyse critique des idées doctrinales soulevées relativement aux concepts et instituts juridiques objets du travail, avec la participation de la jurisprudence.

Mots-clés: droit à une bonne administration. Administration publique. Droits fondamentaux, efficacité.

ABSTRACT

The recognition of the right to good public administration in the Brazilian Constitution is analyzed in this paper. The notion of good governance is studied from a legal perspective whilst it may characterize in the constitutional ordainment as the right to good administration held by the citizens, it investigates their normativity as a fundamental right of citizenship, as well as the obligations that arise for public administration. It is observed that in a constitutional environment, committed to the dignity of the human being, this normative discourse can function as a tool for effective fundamental rights, especially social rights. In a democratic environment, it is through the administrative role that the State gets closer to the citizens, in order to facilitate access to goods and services for which it is constitutionally directed. The research is justified by considering that the Brazilian State suffers from a democratic deficit up to the present day, with the continuation of patrimonial administrative practices. With the centralization of the Constitution in the legal ordainment, administrative law is committed to the rights of citizenship and is no longer self-referential. Therefore, seeking legitimating elements that bind the actions of public officials to meet the real purposes of the State, as defined by the Constitution - human dignity, fundamental rights, poverty eradication, among others - is of vital importance in the context of the law. The right to good administration resulting from the set of constitutional principles regents of public administration is one of those elements. The research methodology consists in a bibliographic examination and critical analysis of doctrinal thoughts raised about the established legal concepts and objects of study, with contribution of jurisprudence.

Keywords: right to good administration. Public administration. Fundamental rights, effectiveness.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	REDEFINIÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS DIREITOS DE CIDADANIA.....	19
2.1	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PODER, FUNÇÃO E CIDADANIA	21
2.1.1	Constitucionalismo e Poder Executivo.....	25
2.1.2	Estado e direito num contexto de pós-modernidade	29
2.2	CONSTITUIÇÃO E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: A VINCULAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO À CIDADANIA	36
3	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: MOMENTOS CONSTITUCIONAIS E REFORMAS ADMINISTRATIVAS	43
3.1	“MODELO” PATRIMONIALISTA E MODELO BUROCRÁTICO.....	45
3.2	CONSTITUIÇÃO DE 1988 E REFORMA ADMINISTRATIVA: DEMOCRATIZAÇÃO E MODELO GERENCIAL	51
3.2.1	Reformas administrativas e conjunturas político-econômicas	54
4	BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NORMATIVIDADE	61
4.1	A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO.....	63
4.1.1	O direito à boa administração no direito comunitário europeu.....	66
4.1.2	Reconhecimento do direito à boa administração na CRFB.....	72
4.2	O CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA.....	75
4.2.1	Entre princípio e dever objetivo	76
4.2.2	O reconhecimento como direito subjetivo e sua nota de fundamentalidade	81
5	A CONFIGURAÇÃO NORMATIVA DA BOA ADMINISTRAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	89
5.1	CONTEÚDO JURÍDICO DA BOA ADMINISTRAÇÃO NA CRFB	90

5.2	DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PARA ALÉM DA EFICIÊNCIA.....	94
5.3	ADMINISTRAÇÃO DE RESULTADOS, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E SERVIÇOS PÚBLICOS: CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	99
6	CONCLUSÕES.....	108
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS	110
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS	118

1 INTRODUÇÃO

A “boa administração pública” pode ser tomada, num sentido genérico, como um anseio que perpassa, por assim dizer, todo o tecido social. Isso mais se evidencia ao se partir da pré-compreensão de que o Estado, através de seus agentes, deve ter toda a sua atuação vinculada a um conjunto de interesses definidos e pertencentes à sociedade, bem como da constatação de que, na vida política brasileira, nem sempre tal desiderato é alcançado de forma plena.¹ Ao se buscar determinar um conteúdo mais preciso a esse anseio, o observador aproxima-se de alguns ângulos de estudo, em princípio distintos, embora possam ser tomados como complementares, para a compreensão mais larga daquilo a que se propõe explicitar. É nesse contexto que o Direito,² a ética e a administração pública (enquanto disciplina autônoma) se destacam.

A utilização do discurso jurídico insere o tema da boa administração pública nos meandros da juridicidade, de onde se busca uma definição moldada a partir do código que lhe é próprio de licitude e ilicitude, de direito e dever. Nesse ponto, o direito constitucional e o direito administrativo ofertam uma série de categorias mediante as quais é possível perquirir sobre a plausibilidade e os limites de um discurso normativo sobre a boa administração pública: separação de poderes, funções do Estado, direitos fundamentais, probidade administrativa, interesse público, serviços públicos, dentre outros.

Por sua vez, a ética, um campo vasto e de difícil trânsito que não será percorrido neste trabalho, aponta para a compreensão em torno do adjetivo “bom”, que pode causar certa estranheza quando se pretende a definição de um significado jurídico; no entanto, se se parte da premissa de uma ética que vincula o próprio Direito, isto é, uma ética subentendida no discurso jurídico, impregnando-o de legitimidade, torna-se mais acessível afirmar que a boa administração pública requer um componente ético em sua caracterização. É possível referir-se a aos ideais republicanos e ao atendimento dos direitos fundamentais exatamente como um arcabouço ético que informa toda a construção constitucional e legal de um Estado que se autodenomina Democrático e de Direito.

Por fim, a ciência da administração pública reflete sobre padrões e modelos administrativos utilizados em determinados momentos históricos pelas instituições estatais, a

¹ Em realidade, trata-se de fenômeno presente, em algum grau, em todas as sociedades contemporâneas.

² Optou-se pela grafia com inicial maiúscula, sem que isso denote hierarquização frente a outras áreas do saber.

partir de um ângulo não jurídico; porém, com a compreensão de que as reformas administrativas se desenvolvem sobretudo a partir de transformações legislativas e constitucionais, o ponto de análise é reconduzido ao Direito, até mesmo em decorrência do princípio da legalidade. Com isso, não se quer defender a primazia do jurídico sobre aquelas áreas de conhecimento, dentre outras, mas sim destacar o objetivo deste trabalho, que é **produzir um discurso normativo em torno da boa administração pública.**

Um ponto que merece ser acentuado, embora possa parecer um tanto óbvio, é que a referência à boa administração pública invoca necessariamente a figura do Estado. Esta constatação faz refletir sobre essa entidade quase mítica – não fosse sua concretude e muitas vezes sua ineficiência – da tradição política ocidental e do constitucionalismo, com os desafios que lhe são hodiernamente colocados. Embora o entendimento sobre a divisão dos poderes, hoje, demonstre que a função administrativa se espraia por todos os órgãos estatais, é no Poder Executivo que ela se individualiza, enquanto feixe de competências, permitindo direcionar a temática para essa esfera de poder.

O Estado policial do liberalismo clássico preconizava a mínima interferência no direito de liberdade e o respeito à igualdade formal que lhe fundamentava. Nesse contexto, o Poder Executivo se colocava como executor da vontade materializada nos atos do Poder Legislativo, que detinha maior destaque na “tripartição dos poderes”. Essa concepção do Estado liberal foi, ao longo do tempo, contestada e defendida. Por sua vez, o modelo de Estado de bem-estar social, ao assumir uma postura de intervenção e de atuação estatal, permitiu que o Poder Executivo se destacasse na repartição de competências e tivesse sua atuação acentuada; por outra via, experiências autoritárias vividas em países da Europa e da América Latina (Brasil, inclusive), ao longo do século XX, caracterizaram-se por uma intensa atuação estatal centrada ora na figura de um líder carismático, ora em franca ditadura, muitas vezes em oposição ao princípio representativo pautado no Poder Legislativo. Se, por um lado, chega-se, nas últimas décadas, ao questionamento do modelo de Estado intervencionista, por outro, os desafios de um modelo regulatório são vastos.

Esse movimento de formulação e constante reinvenção do Estado é aqui sumariamente citado para contextualizar o tema da boa administração. Em síntese, o ideal – e a juridicidade, pretende-se demonstrar – de uma boa administração pública decorre dos mesmos anseios de estruturação do poder e de direcionamento das forças políticas para a consecução de um fim elegido como merecedor da atenção do Estado. Evidente que os ideais e bens jurídicos escolhidos mudaram drasticamente, assim como as fundamentações e propostas de realização, mas, em síntese, o constitucionalismo atual ainda reproduz a essência do constitucionalismo

iluminista, ao se destinar a afirmar direitos, organizar o Estado e estruturar o uso do poder político. Atualmente, contudo, o papel destinado ao constitucionalismo é deveras amplo e problematizado. Os desafios da modernidade reclamam, ainda hoje, soluções políticas, filosóficas e jurídicas para o fenômeno estatal e para a garantia dos direitos elegidos constitucionalmente como fundamentais.

Por outro lado, uma série de questionamentos decorre do momento histórico em que se vive, onde a sobrevivência do Estado tal qual ideado pela modernidade é posta em dúvida, em que a globalização econômica pressupõe, enseja e decorre da aproximação internacional não só mediante os instrumentos tradicionais dos tratados, mas com o desenvolvimento de uma ordem jurídica supranacional, com a formação de blocos econômicos e jurídicos, chegando a tender para uma (im)possível universalidade. Os direitos humanos, no plano internacional, e os direitos fundamentais, no plano interno, apontados como premissa ética e jurídica desse contexto, são constantemente violados, em ambas as esferas, embora cada vez mais exaltados. O Direito se abre aos indivíduos, chamando para si a tarefa de proteção em nome do reconhecimento da dignidade intrínseca do ser humano, ao buscar garantir a todos um quadro de vida digno, hoje, e com perspectiva a um futuro digno para as gerações vindouras. No conjunto, são problemas que lançam dúvidas sobre o papel do Estado e sua capacidade de concretizar tudo – ou somente – o que se espera de sua atuação, através de seus órgãos e agentes.

É nessa conjuntura, em que se interpenetram exigências “modernas” e “pós-modernas”, que se percebe que a atuação estatal ainda se encontra no epicentro de análises sob diferentes prismas (políticos, filosóficos, econômicos, administrativos, jurídicos – e, especificamente, jurídico-constitucionais). Perquirir sobre uma definição jurídica de boa administração pública insere-se precisamente nesse contexto. Assim, é preciso fixar nesta Introdução os limites, problemas e pressupostos utilizados para o desenvolvimento desta dissertação em torno da juridicidade de uma boa administração pública.

Esta pesquisa tem por objeto a análise do direito à boa administração pública, verificando a utilização de tal discurso normativo no contexto de efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. Busca-se estudar a noção de boa administração numa perspectiva jurídica, isto é, quanto à possibilidade de se caracterizar, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro um direito à boa administração de titularidade dos cidadãos, analisando-se a normatividade do princípio de boa administração e do dever de boa administração do Estado existente num ambiente pautado por uma ética republicana e comprometido com a dignidade da pessoa humana.

O tema será analisado a partir de sua interligação com os dilemas e possibilidades da cidadania no Brasil. Os direitos fundamentais, em especial quando apresentam natureza prestacional, reclamam de forma mais emblemática a atuação do Estado, sobretudo mediante o exercício da função administrativa, na formulação e execução de políticas públicas. Exatamente nesse ponto é que se perquire como deve ser essa atuação. Se tais políticas subentendem a participação do Legislador, mais ainda pressupõem a atuação estatal por via do Executivo e do funcionamento de suas estruturas administrativas.

A referência ao princípio republicano se baseará na abordagem de uma noção de bem comum (*res publica*), enquanto vontade constitucional e elemento definidor do Estado brasileiro, materializada nos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), instituidora de um Estado comprometido com uma noção de igualdade material e de justiça distributiva, como necessárias ao estabelecimento de uma sociedade política efetivamente democrática.

Uma primeira delimitação ao tema que precisa ser feita é a utilização da temática dos direitos de cidadania somente como fio condutor da análise do direito/dever de boa administração pública. Ressalta-se, neste trabalho, o dever fundamental do Estado-Administrador em bem agir, a utilizar todos os meios lícitos para a consecução de seus fins constitucionalmente previstos, com enfoque nos benefícios que poderão advir desse reconhecimento jurídico à efetividade dos direitos fundamentais, que podem ser compreendidos como núcleo de significação do que seja o bem comum para a República Federativa do Brasil, sobretudo quando lidos pela lente hermenêutica fornecida pelo preâmbulo e pelo artigo 3º da Constituição. Os direitos fundamentais serão abordados de forma tangencial, não se pretende, neste trabalho, debruçar sobre seus diferentes ângulos, mas sim evidenciar o caráter salutar da boa administração sobre eles.

Uma segunda perspectiva de análise centra-se nas transformações ocorridas nas relações entre o Estado e os administrados, que percorreram um intenso caminho da sujeição à cidadania, com o objetivo de verificar que a situação democrática atual permite, em tese, o reconhecimento da boa administração como um direito de cidadania. O Estado brasileiro será abordado destacando-se os modelos de administração pública que foram implementados (patrimonial, burocrático, gerencial e/ou democrático) em diferentes momentos da vida política brasileira.

Assim, a pesquisa se orienta por dois problemas sobre os quais se busca refletir ao longo do texto: 1) em que medida a noção de boa administração pode assumir caráter normativo e de qual estrutura pode se revestir, a partir da análise do sistema constitucional

brasileiro, e como deduzir um núcleo essencial, em diferenciação às normas pertinentes à administração pública; 2) qual o impacto desse reconhecimento sobre a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais de cunho prestacional.

A par dessa problemática, alguns objetivos podem ser postos como diretrizes da pesquisa. Desse modo, o objetivo geral é contribuir para o debate sobre o direito à boa administração no Brasil, considerando-se que se percebe, ainda, um ambiente social, político e jurídico que merece ser reforçado no que tange à efetivação da cidadania, mediante o integral respeito à pessoa humana. São objetivos específicos do trabalho: a) analisar o direito/dever de boa administração pública como mecanismo jurídico apto a instrumentalizar a efetividade dos direitos fundamentais; b) destacar as transformações ocorridas na relação Estado-administrador e administrados/cidadãos; c) tecer considerações sobre a atual posição doutrinária sobre o direito administrativo, com o fenômeno da constitucionalização do Direito; d) fundamentar o conteúdo do direito à boa administração a partir da compreensão de deveres do Estado pautados no princípio republicano ou numa ética republicana.

Como hipótese, adota-se a seguinte premissa teórica, que será desenvolvida e verificada ao longo da pesquisa: a noção de boa administração pública, que pode ser analisada sob a natureza jurídica de dever, direito e princípio, pode ser compreendida como mecanismo jurídico apto a reforçar a efetividade dos direitos fundamentais, realizando, assim, os ideais de um Estado republicano, seja materializado no dever de prestação de serviços públicos adequados e eficientes, seja como argumento vocacionado a facilitar a tutela dos direitos fundamentais em juízo, posto que tais direitos traduzem escolhas fundamentais do poder constituinte originário, portanto, razão de ser do Estado, enquanto garantidor da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa se justifica quando se considera que o Estado brasileiro padece de um déficit democrático até os dias atuais. Sua gênese foi marcada por um caráter patrimonialista cujos traços ainda persistem nas instituições nacionais e no *modus operandi* dos políticos e administradores públicos. Assim, os esforços na busca de elementos legitimadores que vinculem a atuação dos agentes públicos ao atendimento das reais finalidades do Estado, conforme delimitadas pela Constituição – a dignidade humana, os direitos fundamentais, a erradicação da pobreza, uma sociedade plural, dentre outros – é de vital relevância no contexto do Direito.

Por outra via, com o fenômeno da constitucionalização do Direito, vive-se uma tentativa de conter as atividades dos agentes estatais nos quadros da vontade da Constituição. No que se refere à administração pública, isso se torna evidente com as inúmeras normas

jurídicas constitucionais que recaem sobre ela, sobretudo com o crescente controle proveniente da aplicação dos princípios, expressos e implícitos, que a regem. A CRFB traz um quadro normativo de largo espectro voltado ao âmbito de atuação do Estado-Administrador; em regras, bem como em princípios expressos e implícitos, é traçado um estatuto constitucional da Administração Pública, válido para todos os entes da Federação. O fenômeno pode ser remetido à finalidade do próprio constitucionalismo de conter o poder político e disciplinar o seu exercício de modo a atender aos fins do Estado Social Democrático de Direito.

É preciso observar que é através da função administrativa que o Estado mais se aproxima dos cidadãos, com o objetivo de oferecer meios de acesso aos bens e serviços para os quais se encontra constitucionalmente vocacionado – possibilidades de gozo dos direitos fundamentais, segurança jurídica, dentre outros; ainda que na atual tendência de um papel cada vez mais somente de regulação. Nesse contexto, a boa administração pública poderia ser vista como um direito fundamental dos cidadãos, amparado pelo princípio da eficiência e pelos demais que informam a administração pública.

Ao abordar o anseio da boa administração pública em linguagem jurídica, este trabalho procura se colocar numa zona de imbricação entre o direito constitucional e o direito administrativo.

Quanto à metodologia, a pesquisa se dará com base no exame bibliográfico e análise crítica dos pensamentos doutrinários levantados sobre os institutos e conceitos jurídicos objetos do trabalho, englobando as áreas do Direito e buscando, de certa maneira, em alguns pontos, um intercâmbio com a teoria política e com a administração pública. O direito comunitário europeu será fonte de pesquisa para situar a temática da boa administração, já que em seu contexto foi reconhecido formalmente tal direito. Contudo, é preciso ressaltar que não se trata de produzir estudo comparado, tendo em vista a peculiaridade daquela ordem jurídica. Indutivamente, pretende-se construir, com base num raciocínio hermenêutico, o entendimento jurídico acerca da boa administração, delimitando-se seu alcance e possibilidades. Incidentalmente, faz-se menção às contribuições jurisprudenciais sobre os princípios do caput do artigo 37, da CRFB, sobretudo a eficiência, bem como sobre qualidade dos serviços públicos e direitos fundamentais, que tangenciam a questão em maior ou menor grau e fixam os limites da boa administração, embora raramente empreguem o termo “direito à”.

O tema da boa administração vem sendo trabalhado por estudiosos nacionais como um direito fundamental implícito no texto da Constituição, ora precipuamente ligado à redefinição da discricionariedade da Administração Pública (FREITAS, 2009), ora visto como

a recepção, pela linguagem jurídica, do discurso sobre a governança, levado a efeito pela disciplina/ciência da administração pública (VALLE, 2011). O tema é discutido, ainda, no âmbito do direito comunitário da União Europeia, onde foi formalmente recepcionado como direito fundamental pela Carta de Direitos Fundamentais (artigo 41), embora haja críticas quanto a esse reconhecimento como direito subjetivo.

Este trabalho encontra-se estruturado em quatro capítulos, nos quais se parte de uma abordagem em torno da função administrativa, com vistas ao adensamento jurídico do tema, para, por fim, discutir-se quanto sua configuração no Direito brasileiro.

Assim, no **primeiro Capítulo**, trazem-se reflexões em torno da função administrativa e da Administração Pública, a partir de uma investigação centrada no tratamento dado pelo constitucionalismo ao Poder Executivo; considera-se o momento de redefinições “pós-modernas” que atingem as próprias estruturas do Estado e do Direito, com ênfase nas transformações ocorridas nas relações entre o Estado e os destinatários do exercício da função administrativa. Evidencia-se o quadro institucional a partir do qual se permite falar do dever de boa administração e da caracterização de um correspondente direito; ao mesmo tempo, interliga-se a função administrativa à tutela e promoção dos direitos fundamentais, enquanto pressupostos para a real participação num contexto de cidadania democrática.

No **segundo Capítulo**, destacam-se as reformas administrativas levadas a efeito em momentos decisivos da trajetória política brasileira, a evidenciar que tais reformas, nascidas fora do ambiente estritamente jurídico, influenciam a leitura que se faça dos institutos do direito administrativo.

No **terceiro Capítulo**, aprofunda-se no tema desta pesquisa, ao analisar-se a estrutura jurídico-normativa da noção de boa administração pública, enquanto princípio, direito e dever. Partindo-se de referências ao direito comunitário europeu, onde explicitamente consta um direito fundamental à boa administração, investiga-se a configuração normativa plausível no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no **quarto Capítulo**, trabalha-se com a normatividade da noção de boa administração pública com vistas à verificação de seu potencial no aprimoramento dos direitos fundamentais e para a concretização da cidadania no Brasil. Nesse ponto, a tese central é que a democracia participativa deve ser estimulada, mas, sobretudo, o direito à boa administração impõe ao Estado-Administrador um conjunto de deveres fundamentais destinados a gerir o bem comum, com vistas a um estado de coisas querido constitucionalmente, ou seja, dotado de normatividade.

2 REDEFINIÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS DIREITOS DE CIDADANIA

A gênese do Estado moderno pressupôs a crise. Todas as profundas alterações em sua estrutura, desde então, se deram em meio a crises, sejam sociais, econômicas, políticas, jurídicas, ou um conjunto de todas elas. Já se tornou lugar comum afirmar que o Estado contemporâneo encontra-se igualmente em crise, tendo seus pilares de soberania corroídos, tanto do ponto de vista interno quanto externamente, ou seja, em nível nacional e internacional (CASSESE, 2010). O que conduz a uma afirmação que não se crê seja precipitada de que o estado de crise parece ser a única constante em meio às metamorfoses dessa figura central da política e do direito público.

Assim, uma das premissas adotadas neste trabalho é que o Estado, em que pesem as ressignificações a que se vê submetido, permanece no cerne de um contexto político-jurídico de reconhecimento, garantia, proteção e fomento dos direitos do ser humano. Para isso contribuem a teoria constitucional contemporânea, estruturada nos direitos fundamentais como vértice de afirmação do exercício dos poderes constituídos. Nesse sentido, as transformações ou reformas do Estado devem ser pensadas – e são necessárias – levando em consideração a sua posição de “terceiro garante” (SUPIOT, 2007), que não é suprimida, embora transformada. É evidente que esse enquadramento pressupõe uma definição do Estado para além de uma visão liberal clássica, e neoliberal, inclusive, e, ao mesmo tempo, esbarra no questionamento da saturação do modelo de bem-estar social. Em meio a essas possíveis leituras, há quem posicione o Estado e o Direito num contexto de pós-modernidade (CHEVALLIER, 2009), como se terá ocasião de verificar.

No que diz respeito ao Estado brasileiro, a concretização da cidadania, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em 1988, é um dos eixos centrais mediante o qual deve ser pensado o funcionamento dos poderes e de toda a estrutura do Estado brasileiro. A autodefinição como um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*), consubstancia-se já a partir do preâmbulo e vai ganhando densidade normativa com os princípios fundamentais (artigos 1º a 4º) e com o extenso rol de direitos e garantias fundamentais, sejam individuais, sociais ou políticos, de titularidade pessoal, coletiva ou difusa.

A noção de cidadania encontra-se vinculada ao Estado nacional, retirando-se o experimentalismo de cidadania na União Europeia, que não se constitui em Estado. Ela se

expressa como o “direito a ter direitos” (LAFER, 2009), a ressaltar, assim, a centralidade que a ordem jurídica e o Estado desempenham para sua afirmação. Essa definição breve e precisa se desenvolve no pós segunda guerra e se vincula ao reconhecimento de um núcleo de direitos da pessoa, no sentido jurídico de personalidade e subentende o de pertencimento à orbita de uma sociedade politicamente organizada. Se houve exclusões políticas de grupos étnicos ou religiosos ao longo da historia, não menos grave é a exclusão social nesse contexto de cidadania,³ que compromete a integração dos indivíduos num ambiente democrático e o desenvolvimento de seus projetos de vida. Portanto, quando se fala em cidadania como um plexo de direitos, o Estado aparece numa função de garante, embora, na concretude da vida, se torne muitas vezes o seu carrasco.

Se essa exigência de tutela estatal, mediante proteção pelo ordenamento jurídico encontra no Poder Judiciário sua garantia institucional, em casos de lesões e ameaças de lesões, é preciso considerar as demais estruturas de poder do Estado, enquanto promotoras desse mesmo conjunto de proteção, numa via que antecede a atuação do Estado-juiz. Equivale a dizer que a tutela estatal pode ser analisada a partir da perspectiva do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, mas também do Poder Executivo.

Ao se debruçar sobre a normatividade da boa administração, enquanto um **direito de cidadania**, na expressão de Moreira Neto (2009), centra-se a análise no Poder Executivo, especificamente no exercício da administração pública.

Busca-se, portanto, contextualizar a temática sobre a “boa administração” a partir da análise de alguns tópicos tomados como pressupostos lógicos para a compreensão da normatividade que se lhe quer vincular. Desta forma, o presente Capítulo encontra-se estruturado em dois eixos: a) a correlação entre a finalidade do Estado num contexto democrático, o Poder Executivo e o estudo da função administrativa (item 2.1); b) a releitura que o contexto citado desenvolve no direito administrativo, com destaque para a natureza das

³ Alain Supiot registra, com propriedade: “Se a Declaração de 1948 fez, assim, a personalidade jurídica entrar na lista dos direitos humanos, não foi somente porque ela é tecnicamente necessária para o gozo de todos os outros direitos. A razão essencial está alhures. Sob o império do cientificismo, o próprio Ocidente veio a acreditar que a única realidade do Homem era de natureza biológica, e que a personalidade jurídica era, portanto, uma pura técnica de que se podia dispor à vontade. Mas os horrores do nazismo acabavam de mostrar que essa redução do Homem ao seu ser biológico redundava em fazer da sociedade um mundo darwiniano submetido apenas à lei do mais forte. Foi por isso que a Declaração Universal fez dessa personalidade o objeto de um direito universal e imprescritível. Essa consagração da personalidade jurídica foi completada pelo reconhecimento de novos direitos do Homem, denominados de ‘segunda geração’, que são outros tantos corolários da dignidade física e intelectual da pessoa humana.” (SUPIOT, 2007, p. 237).

relações estabelecidas entre o Estado e os cidadãos e suas ressignificações no momento atual (item 2.2).

Em linhas gerais, sustenta-se que o Estado permanece no centro de um sistema de proteção dos direitos fundamentais, bem como que o direito administrativo, em consonância com o direito constitucional, tem espaço para ser um dos pilares do processo de reforma administrativa, a partir de sua crescente reformulação em bases mais democráticas e comprometidas com a realização dos direitos de cidadania, confluindo para o reconhecimento do direito à boa administração.

2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PODER, FUNÇÃO E CIDADANIA

Na ótica tradicional da tripartição de poderes, são identificados três núcleos de atividades – legislativa, administrativa e jurisdicional – que correspondem a três estruturas orgânicas: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Desde há muito a doutrina reconhece inexistir uma correspondência absoluta entre funções e poderes, assentando-se a preponderância de uma função específica para cada poder constituído, mas que, numa lógica de freios e contrapesos, um poder se imiscui no exercício das outras funções em diferentes proporções. Assim, a estrutura aparentemente linear, de difícil sustentação nos dias atuais, adquire metaforicamente característica de rede, pelos entrelaçamentos, onde núcleos de poder e funções se multiplicam e ressignificam a organização do Estado. Bom exemplo é a CRFB que, ao lado dos órgãos clássicos, garante independência a outros que competem em nível de poder e funções, tais como os Tribunais de Contas, o Ministério Público e mais recentemente o Conselho Nacional da Magistratura e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Nesse meandro, é certo dizer que atividades administrativas são exercidas por todos os órgãos, mas “sem repercussão imediata na coletividade, na condição de atividades de apoio às suas funções primordiais” (MEDAUAR, 2012a, p. 53), tais como organização interna, licitações, concursos públicos. É no Poder Executivo que a função administrativa se concentra e se traduz em impacto na sociedade,⁴ seja pela definição de políticas, seja pela proximidade

⁴ Gilmar Ferreira Mendes observa que os três poderes possuem um feixe de atribuições comuns, que são unificadas sob a ideia e forma de administração pública (MENDES; BRANCO, 2011, p. 858). Aliás, a redação do caput do artigo 37 não permite outra interpretação.

ao cidadão no seu cotidiano, principalmente através da prestação de serviços públicos, diretamente ou não.

Concentram-se no Poder Executivo duas vertentes de funções, as políticas, por isso mesmo identificadas ao governo, e as administrativas, mais vinculadas ao funcionamento de toda a estrutura administrativa.⁵ A distinção sugere que ao governo cabem as decisões políticas e à Administração, uma atuação mais técnica. Essa distinção, no entanto, é relativizada na prática, tendo em vista que se tende a um misto delas para “evitar um governo puramente político e uma Administração puramente burocrática” (MEDAUAR, 2012a, p. 55). De qualquer forma, ambos se submetem à juridicidade (MOREIRA NETO, 2009, p. 25).

Geralmente, a função administrativa define-se por exclusão das demais. Exatamente por essa amplitude, subentende-se que a noção de boa administração deve abarcar todo o funcionamento do Poder Executivo, nos sentidos que serão fixados mais à frente.

No âmbito do direito administrativo, é comum a diferenciação estabelecida entre administração pública, escrita com iniciais minúsculas, e Administração Pública, escrita com maiúsculas. Recurso utilizado para distinguir entre os aspectos objetivo e subjetivo, entre função e agente. Enquanto a primeira diz respeito à própria função administrativa, as atividades administrativas do Estado, a segunda guarda relação com os entes ou órgãos insertos no Poder Executivo, que exercem aquela mesma função. Como atividade específica do Estado, a administração pública se refere à proposta tradicional de separação de poderes e à formatação de estruturas próprias para seu exercício, pensada originariamente como função executória da vontade soberana cristalizada nas leis.⁶

O conceito de função administrativa não é algo unânime entre os estudiosos. Sobre o ponto, há uma profusão de entendimentos que se vinculam, em linhas gerais, a um dos três critérios usualmente utilizados para distinguir a função administrativa das demais (AMARAL SANTOS, 1989): a) critério subjetivo, considera-se o sujeito que produziu determinado ato; b) critério objetivo material, fixa-se no conteúdo de uma atividade, com análise de sua finalidade; c) critério objetivo formal, que considera, sobretudo, aspectos formais de

⁵ Marcello Caetano (1968, p. 9) já destacava que a diferença entre a política e a administração pública tratava-se de uma questão de grau: as opções primárias e fundamentais dependem da política – poderíamos atualmente, utilizar a expressão governo, para ressaltar o que ele chama genericamente de política – enquanto as escolhas secundárias pertencem à administração pública.

⁶ Odete Medauar (2012a, p. 53) ressalta que a função administrativa não se esgota na mera execução da lei, pois o campo de atuação da administração pública, embora sempre pautada pelo princípio de legalidade em termos mais elásticos, abarca atividades e finalidades que superam a noção de mero executor de leis.

enquadramento no ordenamento jurídico, por exemplo, o regime jurídico aplicável. Há ainda as classificações mistas, pela combinação dos critérios referidos.⁷

Compreende-se que a referência à finalidade da atuação administrativa deve estar presente no conceito de função administrativa, sob pena de se prender a aspectos meramente formais. Se a função administrativa pode ser deduzida num sentido de exclusão das demais, pode-se afirmar que num contexto de Estado de Direito, ela se vincula à legalidade e aos fins previstos no próprio ordenamento jurídico.

Da própria noção de administração pública já se depreende a parcela de responsabilidade que lhe recai na realização de um Estado Democrático de Direito. Por seu intermédio, cabe gerir “recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos” (MOREIRA NETO, 2009, p. 125).

Celso Antonio Bandeira de Mello (2007) destaca que o uso da expressão “função” tem para o Direito a significância de uma finalidade a ser atendida mediante o exercício de poderes instrumentais que são confiados a alguém para atendimento dos interesses de outrem. Bom exemplo é o poder familiar, confiado aos pais para o atendimento dos direitos e interesses dos filhos. A função sinonimiza muito mais com dever do que com poder. Assim, afirma que o direito público se orienta pela noção jurídica de inafastável dever e não pela existência de poder.⁸

Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 5) registrou com acuidade que a abrangência da função administrativa “comporta, basicamente, a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos, o ordenamento econômico e o ordenamento social”, a ser exercida pela Administração direta ou centralizada, ou pela Administração descentralizada.

O que precisa ser ressaltado é que a realização das decisões políticas fundamentais, num sistema constitucional, pressupõe a atuação dos poderes constituídos. Separação de poderes representa exatamente, nesse contexto, a alocação de competências pela Constituição para a concretização das decisões estruturais do Estado. Se o Legislativo já foi o poder ao qual

⁷ Moacyr Amaral Santos (1989) compara as conceituações de sete autores administrativistas: Otto Mayer; Guido Zanobini; Oswaldo Bandeira de Mello; Agustin A. Gordillo; Marcello Caetano; Renato Alessi; e Celso Antonio Bandeira de Mello. Ao final, endossa a conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello, e apresenta seu próprio entendimento, numa perspectiva positivista, por ele mesmo declarada: “função administrativa é a atividade pública cometida pelo Estado, ou em seu nome praticada, no exercício de suas prerrogativas de autoridade, como parte numa relação jurídica, preponderantemente debaixo da lei, mas também sob a Constituição, para cumprir as finalidades estabelecidas no ordenamento jurídico”.

⁸ Vale contrapor, a título de exemplo, com o pensamento de Marcello Caetano (1968): “A Administração é um verdadeiro *poder* porque define, de acordo com a lei, a sua própria conduta e dispõe dos meios necessários para impor o respeito dessa conduta e para traçar a conduta alheia naquilo que com ela tenha relação.” (p. 16).

coube preferencialmente essa realização, ou ao menos a preponderância ideológica, e se o Judiciário conquistou com o *judicial review* a posição de autêntico detentor de poder político (FIGUEIREDO TORRES, 2004, p. 67) e agente influenciador na implementação daquelas decisões, as transformações posteriores ao Estado liberal clássico tenderam a uma repartição de competências em moldes um pouco diferentes. É nesse contexto que Loewenstein afirma ser fenômeno típico do século XX o destaque da função administrativa nesse arranjo de competências, *verbis*:

En la sociedad estatal del siglo XX, se puede considerar como el fenómeno más digno de ser resaltado la transformación del Estado legislativo en el Estado administrativo. Por el enorme crecimiento que han experimentado las intervenciones administrativas llevadas a cabo por el Estado de bienestar en la vida de la comunidad, ha habido necesidad de delegar la mayor parte de la función legislativa del parlamento en el gobierno y en las autoridades. Esto ha dado lugar a que los contactos entre el ciudadano y las autoridades estatales se hicieran mucho más frecuentes. **Cuantitativamente, a la administración le corresponde la mayor parte de la ejecución de la decisión política y de la totalidad de la actividad estatal.** (LOEWENSTEIN, 1976, p. 66-67. Sem grifos no original).

Ora, esse mesmo raciocínio é válido para a situação atual, onde mesmo com as reformas de corte neoliberal tendentes ao modelo de um Estado mínimo, com o desmonte do inchaço resultante do Estado-Providência, cuja implantação no Brasil é questionada (BELLO, 2010), a estrutura administrativa guarda relevância e largo campo de atuação, sobremodo na criação de núcleos autônomos de produção técnico-normativa, necessários ao modelo de regulação resultante – agências reguladoras.

Há de se considerar, igualmente, que o Estado tem suas finalidades definidas a partir da ideologia política predominante num dado contexto histórico-político e social. Assim, por exemplo, de acordo com a prevalência do liberalismo, ou de uma vertente social (socialismo e bem estar), ou ainda do neoliberalismo, as atribuições do Estado serão reforçadas ou contidas, refletindo diretamente sobre o conjunto de competências do Poder Executivo e na forma de exercício da função administrativa.

Desse modo, quando se propõe discorrer sobre a administração pública, tem de se ter em mente uma ideia ampla de cidadania, bem como compreender que toda atuação dos agentes públicos – desde agentes políticos aos servidores públicos – deve ser direcionada à consecução do interesse público, categoria plurissignificativa, é verdade, mas que pode, aqui, ser entendida como o conjunto dos interesses da sociedade – o bem comum – sem que nessa

visão coletiva o indivíduo seja subestimado ou preterido em favor de uma suposta ordem coletivista.

A suposta natureza plurissignificativa da expressão bem comum não deve ser apontada como empecilho a esse pensamento, tendo em vista que se refere a uma construção democrática, não a um *a priori* determinado monocraticamente pelo Estado. Nesse quadro, o texto constitucional deve ser tomado como o **ponto de partida** da construção democrática do bem comum.

2.1.1 Constitucionalismo e Poder Executivo

Os ideais de explicitação, contenção e direcionamento do poder político estão na gênese das transformações levadas a efeito através dos movimentos filosóficos e revolucionários que engendraram o constitucionalismo moderno. Se a modernidade política tem suas primeiras marcas com o humanismo que principia já no século XIII, é com Maquiavel, no século XVI, que o pensamento político vai ganhando uma estrutura de modernidade, enquanto desvinculação dos problemas transcendentais para assumir a compreensão de um campo por excelência humano e temporal, onde o poder é pensado em termos de processo (conquista e manutenção) e não em termos de ideia (GOYARD-FABRE, 2002, p. 60). No século XVII, Hobbes se autoproclama o fundador de uma filosofia política, em contraposição à tradição que buscava nos antigos sua base; ao examinar o fenômeno do poder a partir de uma estrutura mecanicista, fundada nos indivíduos e seus interesses, vincula a análise do fenômeno político à natureza humana e propõe o Estado como estrutura de poder criado pela vontade dos indivíduos, em atendimento aos ditames da lei natural. Se o poder assim engendrado culmina num Estado que deve fundar sua ordem jurídica com base em seu próprio poder (o Estado-Leviatã), isso só se torna possível pelo caráter de produto que o Estado adquire, considerando-se sua origem contratualista.

Mas, é só no século XVIII, que a modernidade política realmente se instala e encontra seu apogeu racionalista (GOYARD-FABRE, 2002, p. 60), compreendendo o poder político estritamente a partir do humano e de sua racionalidade abstrata, o iluminismo vai, em sua lógica burguesa, entronizar o indivíduo e seus “direitos naturais”, fazendo do Estado o garante da liberdade e da igualdade formal dos indivíduos, sobretudo por uma vertente negativa. O Estado feudal e absolutista é desmantelado juntamente com sua ordem jurídica desigualitária e o poder é esquadrihado e, em última análise, sempre referido à racionalidade abstrata do

indivíduo, ainda que subsumido nas categorias de povo ou nação. É nesse contexto que a separação de poderes foi erigida a verdadeiro dogma e posto como exigência para a própria existência de uma Constituição, conforme a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

O constitucionalismo moderno estabelece uma clivagem entre os poderes de legislar e de executar a vontade geral materializada nas leis. A tripartição de poderes é pensada como garantia da liberdade dos indivíduos, evitando-se, assim, o abuso do poder, a instalação de uma situação despótica, segundo Montesquieu, onde a concentração das funções de legislar, executar e julgar estivesse depositada nas mãos de um só corpo ou indivíduo. Em relação ao poder executivo, Rousseau (2008, p. 79 e ss.) afirma que este funciona como um corpo intermediário entre os súditos (o povo enquanto destinatário das normas provenientes da vontade geral) e a vontade soberana (o povo ativo, cidadãos)⁹, ou seja, como um núcleo de funções voltado à concretização da vontade soberana; assim, só há se falar em governo legítimo na medida em que se submeta às leis, atuando como administrador das decisões tomadas pela vontade geral.

Goyard-Fabre (2002, p. 207-362) menciona uma instigante dualidade do direito político moderno: a oposição entre “Estado DE Direito” e “Estado DO Direito”. O primeiro a expressar a tradição iluminista de vinculação do Estado à norma, no sentido de vinculação à legalidade, e o segundo, à ascensão dos direitos em face do Estado, limitando-o. Em condições ideais, esse movimento deveria tender para um equilíbrio, onde a norma possa orientar os direitos, mas sem cair-se num reducionismo de um sobre o outro. Nem o legalismo esterilizante, nem a liberdade acima da ordem interna.

A preocupação com a estruturação de um bom governo insere-se na tradição política ocidental desde a filosofia clássica. Platão pensa em “A República” uma *polis* idealizada, sob a condução do rei-filósofo como a melhor forma de organização do Estado e de um bom governo; Aristóteles em “A Política” classifica as formas de organização do Estado de acordo com o critério numérico dos detentores do poder e em boas ou más constituições de acordo com o atendimento dado ao bem comum ou à sobreposição da vontade dos que governam sobre os interesses da *polis*. Por sua vez, as revoluções burguesas procuraram conter o poder do Estado, de molde a resguardar as liberdades e interesses privados do indivíduo. Um dos

⁹ Rousseau define o governo da seguinte forma: “O que é, pois, o governo? Um corpo intermediário, estabelecido entre os súditos e o soberano, para sua mútua correspondência encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade civil quanto política.” (2008, p. 79/80).

maiores representantes dessa época, que guarda ligação com o objeto aqui analisado é Rousseau, que ao inverter a lógica da soberania presente no antigo regime, deslocando-a do príncipe para o povo, funda seu conceito de república como a forma de Estado em que todos devem agir em acordo com as leis promulgadas pela vontade geral.

Em Rousseau (2008), o governo é sujeito à lei tanto quanto os súditos (administrados), e a legitimidade de seus agentes só pode existir na proporção em que se adéquam às leis. É a ideia basilar do Estado de Direito e do constitucionalismo moderno e contemporâneo: conter o poder e direcionar seu exercício. Rousseau distingue três tipos de vontades na pessoa do magistrado (aquele que governa, podendo ser um rei ou uma assembleia, mais ou menos numerosa): a vontade particular, uma vontade relacionada ao próprio governo e a vontade do povo (soberano); ou seja, os interesses privados (pessoais), os interesses públicos secundários e o bem comum ou interesses públicos primários. Numa situação de equilíbrio, a primeira é nula, a segunda restrita ao bom funcionamento do governo e a terceira, soberana. Assim, Rousseau sujeita o poder executivo à observância da vontade soberana como condição de manutenção do pacto social. No entanto, observa que o governo, qualquer que seja sua forma, tende a degenerar, sendo necessários meios do soberano de contê-lo. O bom governo será aquele que se sujeitar à vontade do soberano; ele é um mero e imprescindível administrador.

Essa menção sucinta ao pensamento político-filosófico de Rousseau direciona para a temática da caracterização do bem comum presente num Estado republicano e dos esforços que continuam sendo pensados e realizados para caracterizar um bom governo, uma boa administração.

Nesse sentido, República não se limita a uma contraposição à monarquia. É preciso pensar o princípio republicano como a referência à *res publica* – coisa comum – como um regime político em que interesses comuns, públicos, se sobreponham aos interesses individuais e coletivos dos membros da sociedade, realizados mediante a atuação de agentes públicos; sem que com isso se negue a esfera de autonomia privada ou se proponha qualquer situação de aniquilamento das liberdades. Assim, vinculada ao bem comum, na República busca-se o implemento de um espaço público politizado, onde os cidadãos – e não meramente indivíduos atomizados – encontrem meios de participação. Destaca-se, nesse contexto, a expressão de um interesse que deve suplantar os interesses particularizados, em favor do todo, embora não homogêneo, como demonstrado já em O Federalista (*paper* n.º 10), quando é sustentado que os interesses de facções (grupos de cidadãos), não devem silenciar as minorias, ou se impor sobre os “interesses permanentes e coletivos da comunidade” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2010, p. 76).

Mas como definir esse interesse coletivo ou esse bem comum? Se se entender que a fórmula preconizada por Rousseau ainda guarda certo valor, isto é, a vontade geral, entendida como uma manifestação democrática de um interesse que se sobrepõe aos indivíduos e os sujeita, em favor do coletivo, de modo a se garantir os direitos de liberdade e de igualdade, é possível afirmar que o bem comum se expressa democraticamente, ou, dito de outra forma, deve ser expresso democraticamente.¹⁰ Atualizando essa proposta, pode-se dizer que é no texto constitucional que se encontra esse interesse basilar da sociedade, devendo funcionar todos os instrumentos de Estado para a sua consecução. No caso brasileiro, este conteúdo pode ser depreendido de diversos dispositivos constitucionais; em especial do art. 3º da CRFB e do conjunto dos direitos fundamentais, de cujo teor se extrai o núcleo do que significa bem comum na República Federativa do Brasil. Uma vez atendido, esse bem comum permitirá que cada indivíduo tenha condições de realizar seu projeto de vida.

No Brasil, todas as Constituições asseguraram, ainda que virtualmente, a separação de poderes. No plano fático, contudo, o Poder Executivo sempre teve um destaque acentuado no exercício do poder político. A Constituição de 1824 tentou uma conciliação entre princípios liberais e manutenção de uma estrutura de poder que remetia à restauração em França; o Poder Moderador como molde institucional do Estado brasileiro, colocava sob o Executivo inegável preponderância. Por sua vez, as experiências autoritárias do Estado Novo e da Ditadura pautaram-se na supremacia do Poder Executivo, onde o processo de governo se deu basicamente por decreto, num ambiente de baixa ou nula experiência democrática.

A Constituição de 1988, embora tenha buscado democratizar o Executivo, manteve o quadro institucional de uma atuação destacada, onde a medida provisória desempenha campo fértil de atuação executiva, inclusive sobre a legislação.

Pode-se dizer que o constitucionalismo atual direciona o exercício da função administrativa do Estado, num sentido mais de função do que de “poder” estatal, confiando-lhe participação relevante na construção dos direitos que informam a cidadania, enquanto capacitação do indivíduo para a vida em comunidade, mediante o exercício das liberdades e dos direitos políticos (direitos fundamentais de primeira dimensão), bem como pela garantia de acesso aos bens da vida, individuais e coletivos (segunda e terceira dimensões dos direitos fundamentais), de modo que essa participação do cidadão seja realmente factível, e não um mero formalismo.

¹⁰ Faz-se, aqui, uma leitura democrática de Rousseau, embora não se desconsidere que há quem veja em sua noção de vontade geral um germe de totalitarismo.

É nesse contexto que o direito administrativo deve ser analisado, em integração com o direito constitucional, pautando-se pela noção que Konrad Hesse (1998) denominou de força normativa da Constituição. Na atual conjuntura, o direito administrativo deixa de expressar um estudo das prerrogativas do Estado para ser compreendido como um estatuto das relações entre os cidadãos e todo o aparelho estatal. É preciso observar, no entanto, que transformações decorrentes da globalização e desafios provenientes da ordem social na contemporaneidade põem em xeque certos dogmas e requerem redefinições para serem equacionados.

2.1.2 Estado e direito num contexto de pós-modernidade

O objetivo deste item é entender alguns pressupostos do anunciado processo de mudanças que pautam a inversão da lógica de submissão do administrado para a lógica do cidadão. Para tanto, algumas notas se fazem necessárias quanto à chamada “pós-modernidade” e seus desdobramentos no campo jurídico e na redefinição do papel do Estado e do Direito. Pode soar um pouco redundante, mas as transformações na ideia de Estado implicarão em reflexos no campo do direito constitucional e administrativo.

Neste ponto, a questão da pós-modernidade não será explorada por um ponto de vista filosófico. Não se debruçará sobre seus inúmeros significados, de modo a se ater ao objeto do estudo. Porém, algumas referências se fazem necessárias para se compreender o que se entende por boa administração, de modo a permitir-se afirmar que sua caracterização jurídica se funda nos aspectos pós-modernos de redefinição das competências e do papel do Estado, bem como, no campo jurídico, especificamente, na preocupação em se garantir e tutelar os direitos fundamentais enquanto condições procedimentais e substanciais do próprio desenrolar da democracia (MÜLLER, 2000). Toma-se, para análise, a obra *O Estado pós-moderno*, de Jacques Chevallier (2009).

Pós-modernidade¹¹ quer expressar, em linhas generalíssimas, a situação de questionamento e redefinição das estruturas das sociedades atuais, especialmente as

¹¹ Ulrich Beck (1995) se refere ao conceito de “modernização reflexiva”, como a necessária crítica às instituições e valores da modernidade frente ao contexto de uma sociedade marcada pelos riscos de toda ordem.

ocidentais, mas reconhecendo que os desafios atingem, em graus diversos, todos os Estados. De acordo com Jacques Chevallier, falar em pós-modernidade¹² comporta se referir à:

exacerbação das dimensões já presentes no coração da modernidade e à emergência de potencialidades diferentes: comportando aspectos complexos, mesmo facetas contraditórias, a pós-modernidade se apresenta tanto como uma “*hipermodernidade*”, na medida em que ela leva ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade, como o individualismo, e como uma “*antimodernidade*”, na medida em que ela se desvincula de certos esquemas da modernidade. (CHEVALLIER, 2009, p. 21. Destaques no original).

Esses “esquemas da modernidade”, no que diz respeito ao Estado e ao Direito, compreendem a centralidade do Estado na condução da sociedade, com a construção por toda parte de “poderosos aparelhos do Estado” (idem, p. 29), voltados à regulação da vida econômica, ao controle social, num sentido normativo e coercitivo, e à garantia de necessidades sociais, o que desmantela o protetorado estabelecido pelo Estado em face da sociedade ao longo do século XX.

Por toda parte essa centralidade do Estado entra em crise, levando ao questionamento do tamanho do Estado-Providência, a partir das décadas de 1970/1980, consubstanciadas em crises de representação e crises políticas. A pós-modernidade se refere intrinsecamente a esse conjunto de crises e mais ainda às transformações geradas pelo processo de globalização. Em conjunto, esses fatores vão atingir a noção de soberania, promover a redefinição das funções dos Estados e relativizar as fronteiras entre público e privado.

No tocante aos países em desenvolvimento, que atravessavam um contexto de dificuldades econômicas¹³ e políticas, as críticas ao modelo centralizador de Estado, além dos movimentos internos, vieram também impostas por instituições financeiras internacionais, em planos de ajuste estrutural, condicionantes dos empréstimos, tais como redução de despesas públicas, número de funcionários e privatização de estatais (idem, p. 31), que conduzem à implantação do modelo liberal, ao menos sob o aspecto formal, observa Jacques Chevallier (idem, p. 59). Essa pressão internacional termina por refletir na administração pública.

¹² O autor esclarece que o conceito de pós-modernidade só é aceitável sob a condição de se evitar quatro tipos de equívocos: tendo em vista a complexidade, a incerteza e a indeterminação do momento, não se pode falar numa essência estável; a crença na superação de um modelo por outro, num sentido evolucionista; a generalização desse mesmo processo para todo o planeta, tendo em vista que se trata de um fenômeno, a princípio, das sociedades ocidentais, ainda que se tenda a se expandir; a valoração quanto às virtudes da pós-modernidade, sendo certo que a sociedade pós-moderna é marcada, sobretudo, por riscos e inquietudes, tal como o terrorismo. (CHEVALLIER, 2009, p. 20).

¹³ A década de 1980, para os países da América Latina comumente é chamada de “a década perdida”, em face da estagnação econômica.

Mas Jacques Chevallier observa que o Estado não pode ser considerado uma organização política ultrapassada, tendo em vista que, ao final do século XX, é reconhecido que a existência de Estados “robustos” é vista como “condição para o desenvolvimento econômico e a paz social, bem como uma garantia contra a instabilidade do mundo e do terrorismo” (p. 23). Assim, a questão de um Estado pós-moderno¹⁴ expressa a necessidade de redefinição dos seus institutos e atributos, mais do que um provável desmantelamento mundial dessa forma de organização política, o que necessariamente se refletirá na conformação do Direito, numa relação interativa.¹⁵

As propostas da Constituição brasileira de 1988, portanto, se dão nesse ambiente de críticas quanto ao tamanho do Estado. Tida como a resultante de um processo político onde figuraram inúmeros grupos de interesse, a Constituição se evidencia como um texto plural, acarretando um esforço hermenêutico para identificar seu núcleo que merece ser conservado e desenvolvido, e, que, em última análise, repousa na concretização dos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, se, por um lado, ela limita a intervenção do Estado na economia, garantindo a livre iniciativa (art. 173) numa regra de subsidiariedade, traz um quadro de direitos (principalmente econômicos e sociais) que pressupõe a função garantidora do Estado e impõe objetivos específicos ao aparato estatal (art. 3.º). Essas discordâncias internas, por assim dizer, se tornam mais visíveis no processo de reformas que o texto constitucional sofreu.

A transposição da ideia de pós-modernidade estatal para o contexto brasileiro deve dar-se, portanto, nesse aspecto de remodelação das estruturas estatais e de suas finalidades e competências. Fenômeno que, como demonstrado, se adéqua à preocupação de reformulação do direito administrativo a partir do direito constitucional. Nesse aspecto, a definição do direito à boa administração se prende a essa ótica pós-moderna, no sentido de reenquadramento de institutos que pautam a relação entre cidadãos e o Estado-administrador, ao mesmo tempo em que ainda se busca o atingimento dos direitos clássicos da chamada modernidade, tal como os direitos civis.¹⁶

¹⁴ “O conceito de ‘Estado pós-moderno’ tem por função essencial fornecer um quadro de análise das transformações que sofre a forma estatal: ele visa a colocar em evidência, para além da extrema diversidade das configurações estatais, certas tendências marcantes de evolução que operam com maior ou menor intensidade em todos os Estados.” (CHEVALLIER, 2009, p. 21).

¹⁵ “Parte integrante da construção da sociedade moderna, o direito foi impregnado dos valores subjacentes a essa modernidade; e ele não pode deixar de sofrer os efeitos da contrapartida da crise da modernidade, que enfraquecem os seus fundamentos.” (CHEVALLIER, 2009, p. 116).

¹⁶ É relevante, a título de exemplo, a opinião do professor e pesquisador Roberto Kant de Lima (2004), ao constatar que os direitos civis (individuais) pautados na liberdade e na igualdade, ainda necessitam de

Das transformações mencionadas por Jacques Chevallier, destacam-se as redefinições nas funções do Estado. A atuação estatal deve se desenvolver com base no princípio da subsidiariedade, mediante o qual a intervenção estatal somente se legitima quando da insuficiência ou falha da autorregulação social, numa atuação supletiva, que, ao ocorrer, deve dar-se num nível institucional próximo dos cidadãos, a par disso, o Estado deve buscar a parceria com atores sociais. Assim, **as ideias de subsidiariedade, supletividade, proximidade e parceria orientam o reenquadramento das funções do Estado.**

Ora, essas características se fazem presentes no direito brasileiro, encontrando-se mesmo na ordem do dia. As parcerias público-privadas se pautam no reconhecimento de que o Estado é insuficiente para a realização de todas as obras de infraestrutura e prestação de todos os serviços públicos, sendo necessária a aproximação com a iniciativa privada; a supletividade encontra guarida constitucional no artigo 173 da CRFB¹⁷ e a proximidade¹⁸ se adéqua à proposta nacional de federalismo, onde a repartição de competências para a prestação de serviços públicos relevantes como saúde e educação fundamental estão preferencialmente a cargo dos municípios, possibilitando, em tese, uma gestão mais democrática quando aberta ao cidadão diretamente interessado.

Desse contexto resulta um Estado que, embora não esteja mais a atuar incondicionalmente sobre a sociedade (o fim do protetorado), faz-se presente na regulação desse complexo quadro de interação público-privado, não podendo abdicar de seu caráter instituidor e mantenedor da coesão social, diante dos riscos e inseguranças constantes, “o Estado permanece um quadro privilegiado de formação de identidades coletivas e um dispositivo fundamental de integração social” (CHEVALLIER, 2009, p. 61), na qualidade de garante, supervisor e protetor.

As funções estatais se redefinem igualmente pelo surgimento de novos riscos sociais, tal como o terrorismo e a necessidade de segurança dos cidadãos frente a riscos ambientais.

afirmação no Brasil do século XXI, cuja sociedade é estruturalmente desigual, marcada por um caráter hierarquizado, fenômeno que se manifesta na aplicação das leis (por exemplo, do processo criminal, enquanto lócus de produção da verdade jurídica) pelos operadores do Direito.

¹⁷ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹⁸ Essa preocupação da proximidade da gestão, enquanto presença do Estado, com o cidadão pode ser objeto de reflexão no Brasil ao pensar-se no contexto de repartição de competências ensejado pelo federalismo nacional. Um bom exemplo se refere à prestação da saúde, que, segundo o Sistema Único de Saúde (SUS) deve se dar em nível municipal. Um ponto futuro de pesquisa pode repousar exatamente nessa perspectiva, já que a administração pública municipal está mais próxima do cidadão, devendo desenvolver-se em nível mais democrático.

No Brasil, bom exemplo se refere à conjugação de desastres naturais e o direito social à moradia. O Estado não perde, nesse emaranhado de transformações, a função de ordenar a sociedade. O que muda exponencialmente, é que essa ordenação se dá (ou deve dar-se) menos pelo atributo da coerção e mais pela natureza de garante da coesão social, o que conduz a uma ideia de coordenação, que se manifesta, sobretudo, através da regulação.

Esse movimento é evidenciado com a transferência do Estado de um posto de agente econômico, amplamente disseminado durante algumas décadas,¹⁹ para o de Estado regulador, alcançado mediante a privatização das estruturas diretas de intervenção e a ascensão de novas, destinadas a uma função de árbitro do sistema econômico. Ao lado da regulação, há também a função de estrategista. Assim, segundo Jacques Chevallier (2009), o Estado passa de operador a regulador, mas também de dirigista a estrategista. Essa mesma transição é levada a efeito no Brasil com o plano nacional de privatização e pela prescrição literal desse papel na CRFB (artigo 174).

Nesse mesmo contexto de pós-modernidade, o Direito – enquanto sistema – passa por profundas redefinições, até mesmo pela interpenetração existente entre ele e o Estado.²⁰ Jacques Chevallier ressalta que os atributos essenciais do direito moderno, a sistematicidade, a generalidade e a estabilidade passam a ser questionados nesse ambiente de pós-modernidade. Segundo ele, a pós-modernidade no Direito se evidencia como uma **hipermodernidade** consubstanciada na ampliação da presença do Direito na sociedade, com a proliferação de normas jurídicas, a crescente juridicização das relações sociais e a hipersubjetivação, com o resgate dos direitos subjetivos – sob a roupagem de direitos fundamentais, no plano interno e externo, ou seja, constituições e normas internacionais – expressas no aumento dos direitos a ações positivas.²¹ Por consequência, o aumento do

¹⁹ A participação direta do Estado na economia foi fenômeno mundial durante boa parte do século XX: “hegemônico nos países socialistas, em virtude da socialização da produção, dominante nos países em desenvolvimento, em razão da insuficiência do capital privado, o setor público econômico também havia conquistado nos países liberais um aposição estratégica; para além das variáveis resultantes da diversidade dos contextos nacionais, todas as economias liberais tinham-se se tornado, de fato, ‘economias mistas’, as empresas [estatais] sendo fortemente implantadas nos setores de base (energia, transportes, telecomunicações) mas também na indústria, nos bancos, nos seguros etc.” (CHEVALLIER, 2009, p. 69).

²⁰ Não é despropositado lembrar que essa interpenetração é tamanha que levou Kelsen (2006, p. 352) a afirmar categoricamente que o Estado e o Direito são conceitos que se identificam.

²¹ O autor observa que se os direitos a ações positivas apresentam, frequentemente, poucas implicações jurídicas concretas, tendo em vista seu caráter declaratório e proclamatório – típico da pós-modernidade – possuem uma “dimensão simbólica” no sentido da hipersubjetivação, pois, ele, o Direito, “põe o indivíduo, titular de direitos subjetivos, como figura central do universo jurídico” (CHEVALLIER, 2009, p. 135).

contencioso é uma tendência nos países liberais. Cada vez mais se trata de choques de direitos, de difícil solução legislativa e que são cotidianamente confrontados no judiciário.

Na mesma linha de pensamento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2011, p. 113 e ss.) afirma que os atributos essenciais do ordenamento jurídico positivista de unidade, plenitude e coerência do sistema, tais como destacados por Norberto Bobbio, podem ser confrontados com “novos paradigmas” (MOREIRA NETO, 2011, p. 123) de pluralidade, integração jurisdicional e reconstrução argumentativa do sistema.

Nesse passo, contrapõe seis características do ordenamento jurídico positivista com outras seis que identifica no ordenamento jurídico “pós-positivista”.²² A primeira se refere ao uso dado ao processo, que, no positivismo, se define como o lócus para aplicação da lei mediante silogismo, para, no ordenamento pós-positivista, ser visto como “instrumento fundamental da ordenação formal do discurso argumentativo conducente a uma aplicação democrática do Direito” (idem, 2011, p. 123). As demais características são, para o positivismo, a estatalidade, exclusividade, unidade, plenitude e suficiência. Em síntese, a estatalidade e a exclusividade se referem ao predomínio do Estado na produção e definição do conteúdo das normas jurídicas, enquanto a unidade, plenitude e suficiência se referem à autorreferência ao sistema, que apresentaria capacidade de abranger e normatizar todos os fatos sociais.

Por sua vez, o ordenamento jurídico “pós-positivista” seria marcado pelas características de extraterritorialidade, compartilhamento, pluralidade, abertura e integração. A extraterritorialidade demonstra que o ordenamento jurídico não se produz mais a partir somente dos órgãos internos, pois este é formado também por normas extraestatais, vale dizer, provenientes do direito internacional e de organismos supranacionais. No mesmo sentido, o compartilhamento e a pluralidade normativa significam a convivência no sistema de normas internas com normas de origem externa, que direcionam para a pluralidade normativa como um “valor em si” (MOREIRA NETO, 2011, p. 125), reconhecido constitucionalmente no caso brasileiro (CFRB, art. 1º, V), flexibilizando o monopólio do Estado na definição das normas jurídicas, inclusive pelo entendimento de que a norma jurídica só se produz efetivamente com a interpretação e aplicação, o compartilhamento de princípios e valores se torna uma realidade

²² No contexto aqui utilizado, a expressão pós-positivismo deve ser compreendida tão só como algo diferente do positivismo e não necessariamente como um movimento jusfilosófico independente. Como explica Jacques Chevallier (2009), as transformações que atingem o Direito, na atualidade, expressam uma tendência de hipermodernidade, muito mais do que de antimodernidade, com a exacerbação da produção normativa, a recorrer constantemente aos direitos subjetivos.

entre os diversos ordenamentos. A abertura e a integração, igualmente, apontam para a hermenêutica nesse ambiente normativo policêntrico, que também se volta à colmatação de lacunas, mas não de forma autorreferente.

Independente de concordância com as propostas filosóficas (aqui não exploradas) de pós-modernidade ou de pós-positivismo pode-se afirmar que essas características refletem o quadro atual de inserção dos Estados nacionais em uma ordem globalizada. Todas essas características apontadas passam pela redefinição da soberania do Estado diante do avançado processo de globalização econômica, que requer, paralelamente, uma globalização normativa. Nesse passo, é preciso destacar que esse processo de “pós-modernização” do ordenamento jurídico não se dá de forma tão pacífica assim, antes, se inclina para uma zona de entrechoques cuja solução não parece ser tão simples, embora os direitos humanos sejam apontados como a solução.²³

Sabino Cassese (2010, 63 e ss.), igualmente, destaca que os Estados, na atualidade, são confrontados por estruturas supraestatais de poder (internacionais e supranacionais), que submetem seus aparelhos executivos ao atendimento de decisões tomadas para além dos ambientes nacionais. Paralelamente, a tendência é que o poder normativo e o poder administrativo sejam desconcentrados/descentralizados:

Pode-se dizer que, nos ordenamentos modernos, assistimos a uma dualização do poder normativo; uma parte é conservada pelo Parlamento, enquanto outra é atribuída a autoridades independentes, embora nem todas tenham poderes normativos. Trata-se de um fenômeno desconhecido. Na realidade, há uma tendência paralela a dualizar o poder administrativo, dividindo, de um lado, direção e controle, e, de outro, gestão, sendo os dois primeiros atribuídos ao governo e o outro à direção administrativa. (CASSESE, 2010, p. 33).

²³ Depreende-se do pensamento de Mireille Delmas-Marty (2003) que o discurso dos direitos humanos pode ser utilizado, hoje, como uma espécie de equalizador da globalização econômica. Vale dizer, é preciso perquirir sobre sua capacidade de construção de uma ordem jurídica mundial que não se volte meramente para a circulação de bens e capital, mas que considere todo o aspecto humano desse processo. É nesse sentido, compreende-se, que Delmas-Marty (2003, p. 4) observa com precisão que “caso se deseje evitar uma mundialização do tipo hegemônica, é necessário aprender a conjugar economia e direitos do homem para inventar um direito comum realmente pluralista.” Enquanto a globalização se traduz como uma “difusão espacial”, tendente mais a um caráter uniformizador do que um sentido pluralista, os direitos humanos devem ser analisados como espaço de proteção das pessoas. Para ela, o direito pode ser utilizado somente como instrumento da própria integração econômica, vindo a servir aos interesses de grupos internacionais (direito econômico) ou mesmo como um equalizador dessa integração (direitos humanos). Mesmo assim, os direitos humanos encontram resistências por se questionar seu caráter pretensamente universal, sendo que, para Delmas-Marty a ideia de universalidade “implica mais num compartilhar de sentidos e mesmo num enriquecimento de sentidos pela troca entre as culturas” do que uma racionalização abstrata. Ao pensar assim, os direitos humanos devem ser vistos como algo em permanente construção, e não como algo pronto e acabado do Ocidente para o resto do mundo.

Diante desse quadro reflexivo e crítico sobre as atribuições do Estado e do Direito, torna-se oportuno verificar como se enquadra o direito administrativo.

2.2 CONSTITUIÇÃO E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: A VINCULAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO À CIDADANIA

O direito administrativo pode ser analisado mediante duas posturas opostas: considerando-se seu caráter de mudança, ou concentrando-se na permanência de seus institutos. Tem-se, assim, o debate em torno da perenidade ou da transformação de sua essência. Sabino Cassese (2004) explica e demonstra que esse fenômeno pode ser localizado na passagem do século XIX para o XX. Se Léon Duguit afirmou em 1913 que o direito público passava por uma “transformação profunda e ativa” de seu fundamento da soberania para a noção de serviço público, Otto Mayer, em 1923, posicionou-se no sentido da perenidade dos institutos do direito administrativo: “O Direito Constitucional passa. O Direito Administrativo fica: isso há muito já foi observado em outros lugares.”²⁴ Sabino Cassese observa que a tese de Mayer teve mais ampla difusão.

Essa postura, no entanto, não se sustentou diante dos movimentos acima descritos e a mudança (ou a necessidade de mudança) orienta, na atualidade, o estudo do direito administrativo, que se constitucionaliza, como instrumento de orientação para o alcance das determinações constitucionais.

O direito administrativo, assim como todo o Direito Público, deve ser considerado a partir da perspectiva de subordinação aos interesses da cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1.º, II). Nesse sentido, o direito administrativo deixa de ser um direito do Estado para se vincular à proteção, garantia e fomento dos direitos fundamentais; devendo ser visto menos como o conjunto de normas que fundam prerrogativas do Estado para, na expressão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006b, p. 224), ser considerado o direito comum a disciplinar as relações das pessoas com o Estado e seus delegatários, sendo possível discutir-se sobre o direito à boa administração a partir deste contexto.

²⁴ Ambas as obras, “*Les transformations du droit public*”, de Léon Duguit; “*Le droit administratif allemand*”, de Otto Mayer, encontram-se disponíveis na página da Biblioteca Nacional de França <<http://gallica.bnf.fr/?lang=PT>>.

Essa noção inverte a lógica que pautou a formação do direito administrativo, ciência nova, quando comparada com outros ramos do Direito, tendo em vista que suas características se fixam durante o último quarto do século XIX (CASSESE, 2004), a partir da formulação de institutos e conceitos voltados à defesa de um interesse público de cunho apriorístico.²⁵

A relevância do direito administrativo é expressa por Léon Duguit (2009) de forma exemplar, ao mesmo tempo em que contextualiza o crescimento de seu espectro de atribuições:

O recrudescimento da atividade estatal antes da guerra [1ª guerra mundial], foi alvo de críticas e de pesar para alguns, enquanto outros aprovavam e encorajavam, gerando, portanto, acirradas polêmicas. Desse fato, hoje, consideramos como consequência a formação de um número cada vez maior de regras jurídicas. Em nenhum momento o homem deixa de estar em contato com governantes e seus representantes. Este vínculo permanente gerou uma série de regras, na sua maior parte escritas, algumas consuetudinárias, que compõem a segunda parte do direito público [a primeira seria o direito constitucional, referindo-se ao que ele chama de direito público interno]. A legislação e a jurisprudência modernas, particularmente a francesa, intervieram aqui, frequentemente, porque foi no contato incessante do indivíduo com o Estado que apareceu sobretudo o perigo das arbitrariedades e que se sentiu a necessidade de evitá-lo a todo custo. (...) Ao exercício da função administrativa corresponde o “direito administrativo”, abrangendo o conjunto das regras aplicáveis aos efeitos dos atos administrativos, bem como aos dos serviços públicos. Aí reside, em nossos dias, a importância do direito público, uma vez que por meio de atos administrativos o Estado realiza sua intervenção tão frequente e ativa em todos os domínios da vida social: indústria, comércio, ensino, relações de capital e trabalho; e por meio de atos administrativos o Estado obtém e administra os enormes capitais de que necessita para cumprir a sua missão; é, ainda, pelos mesmos atos que o Estado desempenha seus deveres de assistência e proteção aos fracos, desprotegidos, doentes – deveres que lhe foram consagrados pela lei de 14 de julho de 1905. O alcance do direito administrativo é tão amplo que ganhou subdivisões, pertinentes ao direito financeiro, ao direito industrial e à legislação sobre assistência médica. (p. 111-112).

²⁵ Atualmente, o entendimento sobre o conceito de interesse público tem sido muito debatido por autores brasileiros. Uns afirmam seu anacronismo e o vinculam a uma tradição autoritária do direito administrativo; afirmam ser preciso afastar a alegação de que o interesse público sempre deve prevalecer em casos de conflito com interesses particulares (veja-se, a título de exemplo, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008). Outros vão propor a ressignificação desse princípio, distinguindo entre interesse público primário e secundário. Aquele diretamente vinculado à satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos e este concebidos como os interesses da pessoa jurídica de direito público, que, em última análise também se vinculam às finalidades do Estado, há de se observar. Veja-se, a respeito, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68 e ss.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

E, atualmente, poderia acrescentar-se o direito ambiental, o direito regulatório, dentre outras ramificações que cada vez mais se especializam e tendem a sua autonomia. Foi essa penetração do Estado na vida cotidiana que caracterizou o Estado administrativo, conforme já referido.

Segundo Sabino Cassese (2004), o direito administrativo se desenvolve a partir de algumas características: 1) forte vínculo com a nacionalidade, funcionando o regramento administrativo como instrumento de centralização; 2) supremacia do interesse público, legitimando a imposição de limitações aos interesses particulares, com base na noção da supremacia da administração pública, inclusive a flexibilizar o princípio da legalidade a partir do uso do poder discricionário; 3) esses conceitos ensejam a formação de um regime administrativo pautado nas prerrogativas do poder público, como o poder de polícia e de autotutela, podendo agir com auto-executoriedade, bem como cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, quebrando a ideia de isonomia das partes presente no direito civil; 4) o direito administrativo possuía caráter eminentemente governativo, instrumental em relação à Administração Pública, as características do Executivo, unidade, centralização e uniformidade, estendiam-se à administração e a o próprio direito administrativo; 5) por fim, esse conjunto de prerrogativas fez com que surgisse uma clivagem na apreciação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário (justiça administrativa). Se esta última característica não chegou a ensejar no Brasil a dualidade de jurisdição, por muito tempo a apreciação de atos administrativos pelo Judiciário foi obstada ou realizada de forma excessivamente tênue.

Atualmente, esse conjunto de características sofre um processo de revisão, a partir da leitura constitucional que impõe à Administração Pública, enquanto estrutura instrumental do Estado, o cumprimento dos fins elegidos pela República, com respeito ao complexo de direitos fundamentais do cidadão, através de uma atuação comprometida com a normatividade dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, no caso do texto constitucional pátrio.

É ainda Sabino Cassese (2004) quem aponta as transformações desses elementos na atualidade: a nacionalidade do direito administrativo é relativizada num contexto de vinculação do Estado a normas de cunho supranacional;²⁶ a supremacia *a priori* é substituída

²⁶ É preciso observar que o autor tem em consideração, nesse ponto, o processo de unificação da União Europeia, para a qual o direito administrativo termina por surgir da influência dos direitos nacionais, mas devolve em influência os resultados de suas elaborações, num caráter de uniformização dos procedimentos para os ordenamentos jurídicos nacionais. É interessante citar, nesse caso, a colocação do direito fundamental à boa administração na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 41), com um viés de unificação dos procedimentos, como será tratado mais a frente. Mas o autor observa,

ou mitigada pela tendência ao consenso, à bilateralidade, à participação do cidadão nos processos de decisão que atinjam seus interesses particulares; quanto à juridicidade, os atos administrativos passam a sofrer um controle jurisdicional mais intensivo, pelo complexo de normas teleológicas (princípios, sobretudo) que passam a incidir no agir da Administração Pública.

Não se propõe, com isso, o esvaziamento do direito administrativo em favor de uma visão mais civilista das relações. Ao contrário, o que se tem é o incremento das suas finalidades (MOREIRA NETO, 2006; SOUTO, 2005), com a mudança de posicionamento do Estado de um papel desenvolvimentista para desempenhar posição de regulador e de fomento das transformações econômicas e sociais.

É preciso observar que existe uma interligação entre a ascensão dos direitos de cidadania e a crescente complexidade das competências estatais, sobretudo instrumentalizadas através da atuação da Administração Pública, o que legitima a preocupação com o alcance pretendido com as reformas administrativas. Na passagem do Estado liberal para o Estado de bem estar social, é exigido do Estado um comportamento ativo, que redireciona a organização do Estado e faz com que se desenvolva uma burocracia visando atender a tais necessidades. Se o desenvolvimento dos direitos civis e políticos, conquistados nos países ocidentais durante os séculos XVIII e XIX, não acarretaram o crescimento das estruturas do Estado, os direitos sociais, decorrentes da influência dos ideais socialistas, exigiram a atuação do Estado em diversas frentes, o que acarretou para a administração pública um alargamento de atribuições, refletindo diretamente nas estruturas administrativas do Estado (FIGUEIREDO TORRES, 2004, p. 26/27). Sem que se alterasse, entretanto, a natureza da relação administrativa.

Observa Jacques Chevallier que a relação administrativa e a relação política foram estabelecidas a partir de distinções: “cidadão na ordem política, o indivíduo tornava-se súdito na ordem administrativa: ele era constrangido a obedecer aos comandos de uma administração sobre a qual se reputava que não tinha nenhuma influência” (CHEVALLIER, 2009, p. 263); ainda que o Estado-Providência tenha transformado o administrado em usuário ou beneficiário dos serviços públicos, o estado de sujeição não foi alterado: “a ausência de

com propriedade, que este não é fenômeno exclusivo da região europeia, pois resulta da expansão da internacionalização dos Estados nacionais: “Não há, hoje, setor do direito administrativo, desde a polícia para a tutela do meio ambiente até o controle das finanças e do comércio, no qual não existe uma organização internacional que estabeleça *standards*, fixe diretrizes, controles, etc.” (CASSESE, 2004, p. 19).

qualquer possibilidade de discussão sobre a consistência dessas prestações e os constrangimentos impostos pela administração quanto à sua fruição, demonstravam que se permanecia no contexto tradicional de sujeição (idem, p. 263).

É nesse contexto que a administração pública vincula-se à cidadania. Sua atuação não se esgota num papel de autorreferência; o interesse público não é posto como um trunfo perante o particular, as prerrogativas do poder público devem obedecer ao contraditório e à ampla defesa, num processo democrático. No que se refere aos direitos fundamentais, essa ligação se faz mais presente, mediante a necessidade de elaboração de políticas públicas voltadas à concretização dos mandamentos constitucionais, que não devem ser pensados numa conjuntura de promessa, mas vistos a partir do contexto normativo que o Direito atual reconhece à Constituição. Por esse caminho, a atuação da Administração Pública deve pautar-se não só em critérios de atendimento à legalidade formal, mas sim buscar sua vinculação à **juridicidade**, noção mais ampla que a de legalidade formal, pois enriquece a noção de legalidade com a legitimidade e a moralidade (MOREIRA NETO, 2006a).

A compreensão de cidadania no campo jurídico não deve ser percebida num contexto estrito de gozo dos direitos políticos, como por vezes pode ocorrer.²⁷ Pode-se afirmar que a significação de cidadania é esclarecida quando se parte da compreensão de que ela subentende um processo histórico, social e político de concretização (CARVALHO, 2001). Ao mesmo tempo em que o observador deve considerar esses aspectos, precisa ressaltar que a cidadania é um vínculo jurídico que se estabelece nas relações entre o Estado e as pessoas (cidadãos), com raízes no princípio da igualdade de todos perante o ordenamento jurídico, voltando-se, inclusive, à equalização das desigualdades geradas no contexto das distinções de classes inerentes ao capitalismo (MARSHALL, 2001 [1967]), ocasião em que o debate em torno dos direitos sociais ganha em relevância.

Assim é que a proposta de T. H. Marshall, quando destaca que a cidadania subentende um conjunto de direitos não gratuitamente reconhecidos, mas reivindicados ao longo do tempo por um conjunto de pessoas, pelo povo, no contexto de um ambiente político e social, faz com que o conceito de cidadania transcenda os limites normativos, inserindo-o numa zona

²⁷ Para uma análise crítica do tratamento dado ao conceito limitador de cidadania utilizado por muitos autores nacionais, veja-se o artigo de Regina Lúcia Teixeira Mendes de Fonseca (2007). Observa a autora que “o campo jurídico conceitua cidadania, desprovendo o instituto de seu conteúdo de direitos civis, relativos às liberdades públicas, assim como de seu conteúdo de direitos sociais. Curiosamente, a única categoria de direitos de cidadania que conseguiu entre nós ser efetivamente universalizada foram os direitos políticos, ainda que tenham sido transformados em deveres.” (FONSECA, 2007, p. 69). Mas é preciso ressaltar que nem todos os autores do âmbito jurídico adotam um conceito restritivo de cidadania.

de confluência dos diversos saberes das “ciências” humanas e sociais, inclusive o Direito. Na lógica apresentada por T. H. Marshall, a cidadania deve ser compreendida como o conjunto formado pelos direitos civis, políticos e sociais, conquistados em etapas. Ou seja, o conceito de cidadania deve ser pensado de forma dinâmica, sendo atualizado segundo as conquistas políticas, sociais e jurídicas de cada povo e de cada época.²⁸

Por sua vez, Celso Lafer (2009) refere-se à cidadania como o “direito a ter direitos”,²⁹ isto é, cidadania se define a partir do pertencimento do indivíduo a um complexo político estruturado juridicamente, de modo a que os direitos determinados pela comunidade política sejam estendidos a todos, sem a possibilidade de exclusão de grupos ou indivíduos, conforme aconteceu na experiência do totalitarismo. A cidadania, enquanto direito a ter direitos, na leitura arendtiana que o autor promove, expressa o vínculo das pessoas a uma “comunidade juridicamente organizada” em forma de Estado de direito, onde os deveres são previstos legalmente e os direitos positivados normativamente, de modo a preservar-se a segurança jurídica. O respeito à pessoa humana se impõe, desse modo, como um consenso político-jurídico, sem a necessidade de referências a argumentos naturais ou racionais, posto que a cidadania forma um complexo jurídico de direitos e deveres atribuídos a todos que se vinculam politicamente a determinado Estado.

Atualmente, a cidadania tem seus limites alargados, de modo a que seja tomada num sentido ativo, em que os direitos políticos não se encerram na elegibilidade e na escolha de representantes, mas que alcancem a opinião, o debate, a participação na administração e nas tomadas de decisões pelos representantes eleitos. Ao mesmo tempo, a cidadania não se encerra mais em direitos políticos e cívicos, ela sofreu uma ampliação para abarcar, em definitivo, os direitos civis – as liberdades fundamentais – e também os direitos econômicos e sociais, bem como os direitos difusos e coletivos. Pode-se pensar, portanto, nesses direitos como “camadas” que, combinadas, dão o sentido de uma cidadania plena (CHEVALLIER, 2009, p. 259). Nesse particular, todos integram o conceito contemporâneo de cidadania e são necessários à “preservação do vínculo de cidadania”.

²⁸ José Murilo de Carvalho (2001) observa que, no Brasil, essa conquista se deu de forma não linear, pois os direitos sociais tiveram maior preponderância, em detrimento dos direitos políticos e mais ainda das liberdades civis. Nesse contexto, a cidadania é desenvolvida mais como concessão dos poderes públicos do que como conquista efetivamente democrática da sociedade.

²⁹ Segundo Celso Lafer, o pensamento de Hannah Arendt propõe que “o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. (...) A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece” (LAFER, 2009, p. 166).

Esse alargamento do conceito de cidadania dá margem a afirmar-se que os espaços de exercício da cidadania não se resumem mais às relações políticas, no sentido de exercício dos direitos políticos de voto e de elegibilidade. Pode-se, assim, falar numa cidadania de empresa³⁰ (CHEVALLIER, 2009, p. 263), que expressa aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; bem como, numa **cidadania administrativa**, referente às relações entre administração e administrados.

Ainda, Ricardo Lobo Torres observa que: “O resgate do tema da cidadania pelos juristas pode contribuir para que se fixe com maior nitidez o contorno do mínimo existencial e dos direitos sociais, indispensável para que possam alcançar plena eficácia” (2009, p. 156).

Essa preocupação não é exclusiva do Direito, ao contrário, as reformas administrativas se revestem da normatividade para se fazerem presentes, tendo em vista o viés de legalidade que informa o direito administrativo brasileiro. Nesse ponto, os profissionais do Direito devem estar atentos para que o potencial normativo próprio do campo jurídico seja instrumental à concretização da cidadania, mediante a realização das condições necessárias ao gozo e à promoção dos direitos fundamentais, sem a necessidade de fazerem-se distinções entre as dimensões dos direitos fundamentais, porque todos devem informar o conceito de cidadania.

³⁰ Jacques Chevallier dá o exemplo das *Lois Aurox*, leis francesas que tratam das liberdades dos trabalhadores nas empresas, numa lógica de transferência das liberdades públicas aplicáveis aos cidadãos para o ambiente da empresa, nos limites compatíveis com as exigências da produção. O tema guarda pertinência com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já difundido no Brasil, dentre outros, por Daniel Sarmento.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: MOMENTOS CONSTITUCIONAIS E REFORMAS ADMINISTRATIVAS

Demonstrou-se, acima, que o exercício da função administrativa apresenta caráter dinâmico, moldando-se à perspectiva constitucional, em consonância às compreensões que se tenha a respeito das finalidades do Estado. A experiência político-constitucional brasileira conta com expressivas tentativas de utilização da Administração Pública como instrumento de implementação de determinadas propostas políticas. Este Capítulo é o reconhecimento de que a administração pública não se encerra na apreciação jurídica, podendo ser referenciada a aspectos econômicos, sociais e culturais.

Em linhas gerais, reconhecem-se três moldes de comportamento no quadro de desenvolvimento da Administração Pública brasileira: uma origem patrimonialista, o modelo burocrático e o modelo gerencial (MARE, 1995; FIGUEIREDO TORRES, 2008; LUSTOSA DA COSTA, 2008; BRESSER-PEREIRA, 2009), cujas transições não são bem demarcadas e não implicam necessariamente na superação dos processos típicos de um modelo por outro, na linha de desenvolvimento institucional presente desde o início do Estado brasileiro. Por óbvio que um estudo assim tão amplo e ao mesmo tempo específico não é o objetivo deste Capítulo.³¹

Propõe-se, neste momento, analisar os traços característicos de cada um desses “modelos” administrativos,³² pautando-se pela análise de três momentos de reformas administrativas, altamente imbricadas com transformações político-constitucionais: a reforma empreendida na Era Vargas, o Decreto-Lei n. 200/67 e o terceiro momento, já sob a normatização da Constituição de 1988, com a reforma administrativa consubstanciada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), de 1995. Constata-se que os

³¹ Recomenda-se o artigo “Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas”, de Lustosa da Costa (2008), que traz um panorama das transformações ocorridas no país no que tange à administração pública.

³² O objetivo deste tópico não é fazer um estudo com base na área de administração pública ou mesmo exercício de estudo interdisciplinar, mas observar pontos já presentes no ordenamento jurídico. Para uma análise dos modelos organizacionais (bem mais complexa que o aqui apresentado), a partir de uma lógica própria à área da administração pública, veja-se o artigo de Leonardo Secchi (2009), onde se refere a quatro modelos organizacionais que se apresentam nos movimentos de reforma da administração pública: o burocrático, a administração pública gerencial, o governo empreendedor e a governança pública. No entendimento do autor, estes últimos modelos buscam opor-se ao burocrático, na atualidade, sem que se constituam em verdadeiros modelos de ruptura, tendo em vista que ainda compartilham características essenciais com o modelo tradicional burocrático. Em termos de modelos organizacionais, Secchi se refere ao patrimonialismo como interligado a “modelos” pré-burocráticos (p. 365).

movimentos marcantes de desenvolvimento da estrutura burocrática brasileira, antes da Constituição de 1988, transcorreram em ambiente político de baixa experiência democrática, assinalado por acentuada proeminência do Poder Executivo, como se deu no período da Era Vargas (1937) e durante a ditadura militar (1967).

É relevante a observação de que não é possível estabelecer-se uma análise estanque de cada um desses “modelos” na prática da administração pública brasileira (FIGUEIREDO TORRES, 2008, p. 140-141; SECCHI, 2009, p. 365), pois, longe de se ter uma clara sucessão entre eles, o que ocorre é a prevalência de um deles em dado momento institucional.

Leonardo Secchi observa que: “Ao invés de falar em ascensão, predomínio e declínio de modelos organizacionais, talvez seja mais frutífero falar em um processo cumulativo de mudanças nas práticas e valores” (SECCHI, 2009, p. 365). Assim, enquanto o patrimonialismo, que, em linhas generalíssimas, expressa a confusão entre o público e o privado, subsiste na prática político-administrativa, é possível encontrar a preocupação setorizada com técnicas gerenciais em alguns órgãos públicos, antes, por exemplo, do Decreto-Lei 200/67, ligado a um momento de reforma do aparelho burocrático do Estado.

Além disso, é possível referir-se às diferenças existentes entre os três níveis de governo federativo. Tal observação é relevante, pois, enquanto os movimentos de reforma administrativa são conduzidos principalmente pela União, muitas vezes, a administração pública de alguns entes federados, em especial alguns municípios, ainda se encontra dominada por práticas patrimonialistas e antidemocráticas. A questão esbarra na natureza do pacto federativo nacional:

Dessa forma, ao contrário dos Estados Unidos, em que as experiências inovadoras foram iniciadas no âmbito dos condados e municípios, no Brasil o impulso maior e mais duradouro no sentido de modernizar a administração pública sempre coube ao governo federal, fato explicado até mesmo pela natureza do pacto federativo brasileiro. Analisando as três grandes inflexões da administração pública brasileira, observamos claramente o papel fundamental desempenhado pela União, que sempre teve atuação muito forte e preponderante dentro da Federação. Foi assim em 1936 e em 1967, e a reforma de 1995 não fugiu a este padrão, pois todo o projeto de implantação de um modelo gerencial foi concebido e proposto pelo governo federal. (FIGUEIREDO TORRES, 2008, p. 142).

Ora, essa característica auxilia a entender a dificuldade de replicação do mesmo modelo institucional em todos os demais entes da federação. A questão não nasce de um nível local visando abarcar o macro, mas parte em escalonamento do ente maior em direção aos

entes menores. Essa situação remete à marcante tendência à centralidade do Executivo Federal na condução do país.

Nesse quadro, relevante apontar que os princípios informadores da Administração Pública desempenham a função de orientar e unificar sob a mesma diretriz o plexo de estruturas administrativas numa Federação que conta com mais de 5.000 unidades, a considerar a peculiaridade brasileira, que inclui não só os Estados-membros, mas também os municípios existentes (artigo 1º, da CRFB).

3.1 “MODELO” PATRIMONIALISTA E MODELO BUROCRÁTICO

O patrimonialismo não se coloca propriamente como um modelo de gestão administrativa, por óbvio; antes disso, trata-se de prática contrária a qualquer princípio de gestão eficiente e transparente da coisa pública. Patrimonialismo significa, de forma genérica, a confusão entre a *res publica* e a *res principis*, ou seja, uma precária separação entre o público e o privado, a resultar na utilização do aparato estatal como extensão do poder pessoal do governante, típico de um Estado absolutista, ou dos interesses de uma classe que se aloja nas estruturas burocráticas do Estado.

Segundo estudo clássico de Raymundo Faoro (2011 [1958]), o patrimonialismo encontra-se na estrutura de formação do Estado brasileiro, desde o período colonial. O ponto central defendido em *Os donos do poder* é a permanência de uma estrutura patrimonial, mediante a qual uma elite nobiliárquica ou agrária (estamento burocrático) ocupa a burocracia do Estado brasileiro, mediante clientelismo, “numa viagem de seis séculos”, vampirizando as estruturas burocráticas em prol de interesses pessoais ou setoriais. Essa estrutura patrimonialista teria sido transplantada do Estado português e se mantido, pois com o desmantelamento da nobreza, essa “classe” se aloja na burocracia, como forma de autoconservação.

Em Weber, o patrimonialismo se vincula ao modelo de dominação política tradicional, onde a legitimidade do poder político reside na tradição ou na honra, típico de uma pré-modernidade. O traço característico reside na forma de submissão ao senhor³³ e ao

³³ “A posição global do funcionário patrimonial é, portanto, em oposição à burocracia, produto de sua relação puramente pessoal de submissão ao senhor, e sua posição diante dos súditos nada mais é que o lado exterior dessa relação.” (WEBER, 2009, p. 255).

desempenho dos cargos de forma que os espaços pessoal e oficial não estão claramente demarcados. Não significa que inexista racionalidade nas práticas patrimonialistas, mas seu caráter de pessoalidade é que é o distintivo.

Não é difícil afirmar que a estrutura administrativa brasileira ainda padece de intensos traços “patrimonialistas”, que se deixam exemplificar nas promoções pessoais com recursos públicos, no nepotismo, nos atos de improbidade que pululam no ambiente político, dentre outras situações, que propiciam o descaso com os serviços públicos, sem se falar nas capturas das próprias estruturas pensadas como instrumento de regulação e renovação do setor público por grupos de interesse. Nesse sentido, o termo “patrimonialismo” ganha o caráter de ações não éticas e não comprometidas com a moralidade administrativa ou de comportamentos que não favorecem a segurança jurídica dos administrados diante dos administradores.

Trata-se de um contexto institucional que fere o caráter jurídico e democrático que se quer conferir ao Estado brasileiro. É preciso destacar que uma visão republicana de administração se contrapõe fortemente a esse “modelo patrimonialista”, ao pregar a utilização do poder estatal para a consecução do bem público, assim como a ampla responsabilização dos agentes públicos. Nesse passo, não é mais possível que se continue na “viagem redonda” (FAORO, 2011), onde o “patrimonialismo” se coloca como uma tradição do Estado brasileiro.

Desse modo, o Direito deve ser utilizado para se contrapor a tais resquícios, atuando preventiva e repressivamente para que sejam eliminados do ambiente público nacional as práticas antidemocráticas e antirrepublicanas, nunca para formalizar tais posturas, o que remete à vinculação do direito administrativo à concretização da cidadania, como visto.

Esse “modelo patrimonialista” se mantém hegemônico até 1930, na opinião de Figueiredo Torres (2008, p. 146), passando a ser confrontado com os tentames de modernização do Estado nacional promovido com a paulatina implantação do modelo burocrático por Vargas.

O **modelo burocrático** encontra-se umbilicalmente ligado à ascensão do capitalismo, que necessitava de um ambiente político onde o poder estatal fosse contido e instrumentalizado de modo a atender à lógica de mercado (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 207). A administração pública burocrática surge, assim, no bojo do Estado liberal do século XIX. No caso brasileiro, esse movimento se dá mais tardiamente, com uma política de substituição das importações, impulsionada a partir dos anos de 1930: “A chamada ‘Revolução de 1930’ representou muito mais do que a tomada do poder por novos grupos oligárquicos, com o enfraquecimento das elites agrárias. Significou, na verdade, a passagem

do Brasil agrário para o Brasil industrial” (LUSTOSA DA COSTA, 2008, p. 841). O primeiro movimento de reforma administrativa institucional adveio com a “Revolução de 1930”.

É preciso observar que o termo burocracia, geralmente tido pelo senso comum como sinônimo de formalismo exacerbado, é, na linha de pensamento weberiana, uma técnica de administração pública, interligada ao tipo de dominação política legítima racional-legal, que guarda relação com uma perspectiva positivista da origem do poder.

O modelo burocrático apresenta pontos altamente favoráveis, que se coadunam com os anseios do direito administrativo, tais como a impessoalidade, a necessidade de profissionalização, a vinculação à legalidade, com regras de competências e o imperativo de contratação de pessoas qualificadas. Aspectos mais controvertidos e que deram margem a críticas é a adoção do formalismo exacerbado, a tendência de confundir-se o interesse público com os “interesses do Estado”, isto é, uma postura de autorreferência do corpo burocrático, bem como o escalonamento em inúmeros níveis hierárquicos. O conjunto dessas características impregna igualmente o direito administrativo.³⁴ Tais aspectos são bem acentuados no PDRAE:

A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; seu defeito, a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes. Este defeito, entretanto, não se revelou determinante na época do surgimento da administração pública burocrática porque os serviços do Estado eram muito reduzidos. O Estado limitava-se a manter a ordem e administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade. (PDRAE, BRASIL, 1995, p. 15).

O ponto defendido naquele documento é que a administração burocrática se fez necessária para atender os planos desenvolvimentistas a partir da Era Vargas, mas, pelo incremento das competências do Estado, não logrou se tornar eficiente e apta a gerir todas as políticas públicas confiadas à administração pública.

A reforma estrutural promovida na Era Vargas representa a implantação do modelo de administração burocrática, em busca de profissionalizar a burocracia do Estado (BRESSER-PEREIRA, 2009), de modo a garantir a realização dos propósitos desenvolvimentistas. Tem o mérito de ser o primeiro momento de enfrentamento institucional da cultura patrimonialista que subsistia no Estado brasileiro, embora, segundo Vanice Lírio do Valle (2010), não houvesse um plano estratégico formal e definido de reforma.

³⁴ Conforme abordado nas páginas 38-39 deste trabalho.

É preciso destacar que, no campo constitucional, a experiência do Estado Novo se traduziu como um constitucionalismo antiliberal, no sentido de que, sobretudo após 1937, o projeto político buscava pôr em xeque o arranjo oligárquico, assim como se sobrepôr à forma liberal de representatividade pelo Legislativo, propondo uma legitimação a partir da figura central do Chefe de Estado, na linha do Estado autoritário de Francisco Campos (1940), que se propunha, em síntese, à concentração de autoridade nas mãos de um líder carismático, que representasse os interesses da nação, numa leitura muito particular de democracia.³⁵

Nesse projeto político, por conseguinte, previa-se o desenvolvimento de corpos técnicos como núcleos administrativos de decisão, a configurar um Estado burocrático.

Do ponto de vista da reforma administrativa, o esforço concentrava-se, portanto, na substituição de práticas patrimonialistas, identificadas com os problemas do federalismo da “República Velha”. Pontos positivos advieram desse tentame:

A reforma administrativa do Estado Novo foi, portanto, o primeiro esforço sistemático de superação do patrimonialismo. Foi uma ação deliberada e ambiciosa no sentido da burocratização do Estado brasileiro, que buscava introduzir no aparelho administrativo do país a centralização, a impessoalidade, a hierarquia, o sistema de mérito, a separação entre o público e o privado. (LUSTOSA DA COSTA, 2008, p. 846).

Os esforços concentraram-se, no aspecto administrativo, com ênfase em controlar a crise econômica de 1929 e promover a racionalização burocrática do serviço público, mediante padronização, normatização e controle nas áreas de pessoal, material e finanças (LUSTOSA DA COSTA, 2008, 844), o que corresponde à tendência centralizadora. Ao lado disso, inúmeras estatais foram criadas para viabilizar a intervenção do Estado na economia, de modo a dar curso ao projeto desenvolvimentista.

Esse movimento de descentralização mediante a criação de estatais não se choca com a tendência centralizadora do governo e do projeto administrativo em curso, sem que daí resulte um contrassenso: “se a atividade é dotada de autonomia com a personificação; sua existência e parâmetros de atuação guardam absoluta dependência do poder central” (VALLE 2010, p. 27), a revelar um sistema pautado na hierarquia, “Em outras palavras: a decisão pela

³⁵ O constitucionalismo antiliberal de Francisco Campos propunha resolver as crises de representatividade identificadas no regime constitucional predecessor e os antagonismos que ameaçavam a integridade do território brasileiro. Só um Estado forte, autoritário e unitarista poderia dar um rumo à Nação, conduzindo o processo de desenvolvimento industrial e econômico. Governado por um líder carismático, este deveria se apresentar às massas como um mito (CAMPOS, 1940) capaz de mobilizá-las em prol da unidade nacional.

autonomização é centralizada, assim como centralizada foi a fixação de seus limites de atuação” (idem, p. 27).

O ponto alto nesse processo deu-se com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, em 1938 (DL 579/38), vinculado à Presidência da República. Voltado para a implantação e controle de uma estrutura burocrática nacional.³⁶ Segundo Bresser-Pereira (2001, p. 11), o DASP representou “a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica”. Na prática, o DASP terminou sendo relevante mecanismo de controle centralizador do governo central na linha do autoritarismo (reforço da autoridade do Chefe de Estado), mais até do que efetivamente instrumento de modernização administrativa, embora seja destacado que, de 1938 a 1945, o DASP logrou atingir parcialmente seus objetivos de implantar uma organização burocrática (LUSTOSA DA COSTA, 2008, p. 846), mas as nomeações sem concurso público para a Administração Indireta ajudaram a minar sua capacidade de coordenar o processo da reforma.

Figueiredo Torres (2008, p. 148) destaca que, nesse primeiro momento de modernização de reforma administrativa, tem-se um movimento duplo, de difícil reparação ao longo do tempo: organização profissional e bons padrões para altos escalões, como a diplomacia, e formação deficitária para a burocracia voltada à implementação dos serviços públicos essenciais de saúde, educação e segurança pública.³⁷ De igual modo, aponta que se iniciava a cisão entre Administração Pública Direta, presa do clientelismo e de procedimentos rígidos, e a Administração Pública Indireta, com maior liberdade de ação e autonomia para contratar no mercado de trabalho. “Constituíram-se assim ilhas de excelência no setor público voltadas para a administração do desenvolvimento, enquanto se deteriorava o núcleo central da administração” (LUSTOSA DA COSTA, 2008, 848). Mecanismo esse que perdurou no governo de Juscelino Kubitschek, sem que houvesse avanços consideráveis na condução da administração pública.³⁸

³⁶ “O DASP foi efetivamente organizado em 1938, com a missão de definir e executar a política para o pessoal civil, inclusive a admissão mediante concurso público e a capacitação técnica do funcionalismo, promover a racionalização de métodos no serviço público e elaborar o orçamento da União. O DASP tinha seções nos estados, com o objetivo de adaptar as normas vindas do governo central às unidades federadas sob intervenção.” (LUSTOSA DA COSTA, 2008, 845).

³⁷ Esse trecho esclarece bem a opinião do referido autor: “para a infelicidade dos brasileiros pobres e dependentes da ação estatal, a burocracia interna, que cuidava das políticas públicas das áreas de saúde, educação e segurança pública, sofria com as mais deletérias e ineficientes práticas clientelistas e patrimonialistas” (FIGUEIREDO TORRES, 2008, p. 148).

³⁸ Vanice Lírio do Valle (2010) ressalta a criação da Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA) e da Comissão da Simplificação Burocrática, junto ao DASP, no início do governo de Juscelino, embora não viessem a encontrar espaço na agenda desenvolvimentista.

O próximo momento de reforma administrativa pensada em nível institucional se deu durante os anos da ditadura militar (1964-1985), também vinculado ao projeto nacional-desenvolvimentista. Não há ruptura com os esforços anteriores, em verdade, a conjuntura não era muito diferente: mesmo programa de intervenção estatal, regime autoritário e cisão entre a estrutura burocrática direta e indireta (FIGUEIREDO TORRES, 2008, p. 151).

A reforma militar, que culminou com o Decreto-Lei n. 200/67, trouxe para a administração pública federal os princípios de planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle. Almejava-se, com isso, manejar cada vez mais a descentralização administrativa, sistematizando-a, em detrimento das estruturas da Administração Direta.³⁹ A reforma é pensada para viabilizar a superação da rigidez burocrática, com o desenvolvimento da Administração Pública Indireta, mas o mesmo pensamento não se aplicou à Administração Pública Direta:

Apesar de representar a primeira tentativa de reforma gerencial da administração pública pela intenção de mexer na rigidez burocrática, o Decreto-Lei no 200/67 deixou seqüelas negativas. Em primeiro lugar, o ingresso de funcionários sem concurso público permitiu a reprodução de velhas práticas patrimonialistas e fisiológicas. E, por último, a negligência com a administração direta — burocrática e rígida — que não sofreu mudanças significativas na vigência do decreto, enfraquece o núcleo estratégico do Estado, fato agravado pelo senso oportunista do regime militar que deixa de investir na formação de quadros especializados para os altos escalões do serviço público. (LUSTOSA DA COSTA, 2008, p. 855. Grifou-se).

Em termos de cidadania, cumpre ressaltar que estas tentativas de reformas e modernização da gestão pública se dá em nível mais organizacional, *interna corporis*, sem uma preocupação com vistas ao atendimento dos interesses dos cidadãos, além de terem por característica a ausência de um ambiente democrático. A leitura de boa administração que fosse feita nesses períodos seria do ponto de vista autorreferente, interno somente. Essa questão só seria alterada com a Constituição de 1988.

³⁹ Ressalta Vanice Lírio do Valle: “Assim como no primeiro movimento reformista, a estratégia aprofundou ainda mais o fosso entre a Administração Direta – que, do ponto de vista teórico, deve abrigar o núcleo essencial de funções de Estado – e as entidades da indireta, objeto de nítida preferência pelas facilidades no recrutamento e remuneração, oferecidas, à época. O resultado foi o empobrecimento do núcleo central da Administração, que não se viu contemplado com medidas inovadoras, ou aptas a oxigenar uma estrutura arcaica e em evidente declínio.” (VALLE, 2010, p. 36).

3.2 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E REFORMA ADMINISTRATIVA: DEMOCRATIZAÇÃO E MODELO GERENCIAL

No âmbito jurídico, via de regra, o tratamento dado pela CRFB à Administração Pública é visto positivamente. No entanto, pensadores da área de administração pública não são unânimes em verificar esse mesmo perfil positivo advindo do crescente controle estabelecido em nível constitucional. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) se refere ao regramento constitucional no que tange à gestão administrativa como retrocesso,⁴⁰ tendo em vista a exigência de iguais regras para a Administração Pública Direta e para a Indireta, tais como licitação e concurso público. Ter-se-ia, em termos operacionais, minado os avanços tendentes a uma estrutura desburocratizada, iniciados ainda pelo DL 200/67,⁴¹ freando a descentralização da Administração Indireta.

Contudo, aspecto mais relevante para os fins deste trabalho é destacar que a CRFB teve a preocupação de democratizar a administração pública, ao estender as mesmas regras de gestão de pessoal e de compras para as esferas direta e indireta, buscou-se com isso a transparência nos gastos de recursos públicos. Ao mesmo tempo, a exigência do concurso público moralizou o acesso aos cargos públicos, bem como submeteu toda a estrutura administrativa aos mesmos princípios como vetores normativos de atuação.

Ainda que a posterior viesse a se flexibilizar as regras do regime jurídico único para os servidores e as de compra, bem como alterações no campo da previdência (Emendas Constitucionais n. 19 e 20, de 1998) os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência vigoram para toda a estrutura da Administração Pública. Por esse

⁴⁰ É interessante notar que Figueiredo Torres observa com perspicácia que esse argumento de possível retrocesso se esvai quando se destacam os benefícios do tratamento constitucional dado à Administração Pública, citando, em especial, o concurso público como forma de ingresso, que proporcionou a moralização e profissionalização da administração pública: “discordamos das colocações do ex-ministro Bresser-Pereira quanto à intensidade e aos desdobramentos do que ele denominou processo de recrudescimento do modelo burocrático da Constituição de 1988. Acreditamos que o revigoramento burocrático foi menos intenso e não teve as conseqüências tão danosas esperadas pelo ex-ministro.” (FIGUEIREDO TORRES, 2004, p. 164).

⁴¹ “do ponto de vista da gestão pública, a Carta de 1988, no anseio de reduzir as disparidades entre a administração central e a descentralizada, acabou por eliminar a flexibilidade com que contava a administração indireta que, apesar de casos de ineficiência e abusos localizados em termos de remuneração, constituía o setor dinâmico da administração pública.” (LUSTOSA DA COSTA, 2008, p. 858).

viés, o direito administrativo se integra aos anseios da gestão democrática, revendo, com base nisso, seus próprios fundamentos.⁴²

Para o PDRAE, o tratamento constitucional da questão ratificou os princípios do modelo de administração burocrática, em detrimento dos aspectos gerenciais.

A agenda de reformas foi pensada a partir de três dimensões: institucional-legal, cultural e de gestão. Se as duas últimas podem ser mais bem analisadas pela ciência da administração pública, cabe ao Direito decodificar a primeira, mediante os instrumentais hermenêuticos, os valores subjacentes às propostas de reforma para que sejam garantidos os direitos fundamentais nesse processo, independente das escolhas ideológicas. Utiliza-se, aqui, o argumento de que democracia não é só maioria, mas também a proteção das condições do próprio processo democrático, como os direitos fundamentais e condições procedimentais (SANTIAGO NINO, 1989).

Embora a reforma pensada sob a égide do governo Fernando Henrique Cardoso tenha buscado se desvincular do neoliberalismo, em verdade ela ocorre em consonância com propostas internacionais e insere-se no contexto de redefinição das competências do Estado. Isso não significa propriamente uma crítica, já que o principal mentor da reforma gerencial, o então Ministro Bresser-Pereira, à frente do MARE, ressaltou bem a distinção entre a proposta apresentada e uma escolha necessariamente neoliberal:

A Reforma Gerencial de 1995 baseou-se em um modelo de reforma que desenvolvi com minha equipe nos primeiros meses do governo. Não estava interessado em discutir com os neoliberais o grau de intervenção do Estado na economia, já que acredito que hoje já se tenha chegado a um razoável consenso sobre a inviabilidade do Estado mínimo e da necessidade da ação reguladora, corretora, e estimuladora do Estado. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 24).

⁴² Essa passagem das reflexões da Ministra Cármen Lúcia reflete bem esse conjunto de mudanças: “Na esfera específica do direito administrativo a modificação por que passou esta seara jurídica é intensa e consentânea com a não menos profunda transformação da relação administrativa, em um dos cujos pólos situa-se o próprio Estado em seu desempenho.

Em primeiro lugar, porque o direito administrativo foi pensado e formado no Estado liberal. Como outros ramos do direito público teve campo inicialmente estreito, como estreito era o próprio campo de atuação do Estado em sua ambiência liberal individualista e abstencionista. Ademais, porque o direito administrativo tem um engajamento maior na prática estatal que outros ramos do conhecimento jurídico. Além disso, porque o Estado, que era pouco administrativo, até por força das novas atribuições de que se viu investido, ampliou a esfera de sua atuação administrativa e cresceu com o alargamento das competências entregues ao poder público em sua relação permanente com o indivíduo, além de valorizar-se em sua presença e obrigações para com a sociedade.

A socialização do Estado forçou a socialização do direito administrativo, conformado aos contornos estatais metamorfoseados pelas necessidades da sociedade e pela dimensão da tecnoburocracia que passou a lhe retratar a dinâmica e os efeitos.” (ROCHA, 1990, p. 78-79).

Mas o que tudo isso tem a ver com o direito administrativo? Como dito anteriormente, é preciso ter em mente que a interpretação e aplicação do direito administrativo é dependente de certa pré-compreensão que se tenha em relação ao modelo administrativo que se quer implementar, bem como à compreensão que se tenha a respeito de quais devem ser os fins confiados ao Estado. “Embora cogente, o conjunto de normas e princípios que integram o direito administrativo terão parte de seu conteúdo vinculado à visão que se tenha sobre o modo de atuação da Administração Pública e sua relação com os administrados” (MIRAGEM, 2011, p. 28). Só é possível falar em relações pautadas na garantia do administrado, por exemplo, num modelo de gestão administrativa que seja, na prática, democrático e não vinculado ao patrimonialismo:

O direito administrativo brasileiro atual substitui a visão da relação de direito administrativo como *relação de poder* entre o Estado e os administrados, por uma noção de relação jurídica administrativa de gestão (*relação de gestão*), na qual, embora o Estado seja titular de prerrogativas jurídicas estabelecidas pelo ordenamento, sua atuação vincula-se ao exercício destas prerrogativas nos exatos limites e modo que lhe são estabelecidos, visando aos fins sociais, e presidida sua atuação pelos deveres de proporcionalidade e razoabilidade. (MIRAGEM, 2011, p. 29, grifos originais).

Deve-se levar em consideração que qualquer reforma do Estado, ou tão só administrativa, tem por limites a normatividade da Constituição, onde se encontra um projeto político comprometido com os três níveis da cidadania, isto é, os direitos fundamentais em suas perspectivas de direitos civis, políticos e sociais. Mas isso não significa uma visão estrita, isolada, a partir da perspectiva jurídica, pois tais direitos devem ser pensados num contexto complexo, onde o normativo dialogue com o político e o social, mas não para esvaziar seu conteúdo de dever-ser, e sim para que, de fato, se concretizem.⁴³

É preciso caminhar-se para uma efetiva reforma democrática, destaca Lustosa da Costa (2010), onde a preocupação com os direitos de cidadania seja posta em evidência e o direito administrativo, ao regular as relações entre o público e o privado, repensado a partir desse mesmo paradigma:

⁴³ Em sentido semelhante, vale destacar as seguintes palavras de Enzo Bello: “a simples existência de normas constitucionais que consagrem direitos sociais de cidadania [sua análise se concentra nestes direitos] não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios. Prova disso é o fato de que nunca existiu no Brasil algo parecido com um *Welfare State*, portanto não basta, *per si*, a mera proclamação normativa de um modelo de estado e de direitos para que estes sejam materializados. Eis a importância de se conjugar a política com o direito constitucional.” (BELLO, 2010, p. 200).

O contraponto à reforma gerencialista coloca em primeiro plano a questão democrática, sobretudo em países em que assimetrias sociais podem desfavorecer o exercício de direitos de cidadania. A reforma tem, portanto, o propósito de democratizar o Estado, mudando a natureza de suas relações com a sociedade, no sentido de assegurar a vigência da ordem igualitária. (LUSTOSA DA COSTA, 2010, p. 244).

Por tudo isso, o direito administrativo, hoje, pauta-se (ou deve ser pautado) por princípios de consensualidade e de proporcionalidade, bem como pelo avanço no controle dos atos administrativos e pela centralidade dos direitos fundamentais (MOREIRA NETO, 2006, p. 237), a definir o *modus operandi* dos administradores e servidores públicos no trato com os particulares, configurando um vero **direito à boa administração**.

Mas é preciso ter em mente a advertência feita por Sabino Cassese, bastante adequada à realidade brasileira, no sentido de que as reformas administrativas viraram uma constante, muitas vezes, utilizadas pelos governos sem alcançar profundidade, ou seja, sem mudanças reais, feita de forma setORIZADA e não pensada em bloco. Nesse passo, “muitos governos mudam tudo para que nada mude, induzindo transformações fictícias.” (CASSESE, 2004, p. 22).

3.2.1 Reformas administrativas e conjunturas político-econômicas

A reforma do Estado dos anos de 1990, cujas linhas mestras se encontram no PDRAE, teve como embasamento a necessidade de diminuir o tamanho da estrutura estatal, tida como a resultante do modelo de desenvolvimento até então adotado, bem como decorrente do crescimento desmesurado requerido pela política de bem-estar social. O modelo se liga, assim, à redefinição da agenda do Estado, num padrão de corte neoliberal, e à Nova Gestão Pública (*new public management*), com enfoque na eficiência⁴⁴ e na transferência de responsabilidades antes conferidas ao Estado para a iniciativa privada, mediante concessões e terceirizações, bem como a aproximação com a sociedade civil organizada (terceiro setor).

⁴⁴ Vale citar a advertência lançada pelos autores Peters e Pierre, no que tange à preocupação da gestão pública com a eficiência (aqui, mais como eficiência econômica), e que se coaduna com os fins deste trabalho: “A despeito de toda a ênfase na Nova Gestão Pública, eficiência pode ser o menos importante valor para o setor público, especialmente aos olhos do público. Para este, importa mais a prestação dos serviços, e que estes sejam prestados de maneira responsável e humana, que o custo por unidade de serviço entregue. Isso não significa que o gestor público não deve cuidar da eficiência, apenas que isso não necessariamente é um valor dominante.” (PETERS; PIERRE, 2010, p. 28).

Segundo Frederico Lustosa da Costa (2010), a agenda da reforma do Estado dos anos 1990 foi definida por organismos internacionais e se propunha, antes de tudo, a reduzir gastos públicos. Assim, aponta que as estratégias principais foram: a “reforma patrimonial”, pelos processos de privatização e terceirização; a reforma fiscal, visando diminuir as despesas e eventualmente aumentar as receitas; e a reforma gerencial, “orientada para o aumento da eficiência dos serviços públicos” (2010, p. 241).

No Brasil, após as experiências mal sucedidas do governo Collor, o PDRAE traz a proposta de enfrentar o que é identificado no próprio documento como um dos braços da crise do Estado das décadas de 1970 e 1980, “a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática” (MARE, 1995, p. 11). Os demais braços da crise guardam natureza econômica e política: “uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa”; “o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado” (idem, p. 10). No campo que interessa aos limites deste trabalho, a reforma do aparelho do Estado é pensada como forma de aumentar a governança, que o mesmo documento define genericamente como a “capacidade de implementar políticas públicas, de forma eficiente”.

Na prática, entretanto, o movimento de reforma privilegiou o aspecto econômico-fiscal, sobretudo quando, em 1999, o Ministério da Administração e Reforma do Estado foi incorporado ao Ministério do Orçamento e Gestão (atual Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).

Note-se, contudo, que a Lei de Responsabilidade Fiscal tem papel relevante na condução de uma administração pública coerente e equilibrada, até para que seja possível a realização de investimentos para a concretização das finalidades do Estado.

Os autores consultados da área de administração pública ressaltam que o modelo gerencial vincula-se, ainda, ao modelo burocrático, sem representar ruptura (SECCHI, 2009; ABRUCIO, 2010). A ênfase desloca-se dos meios (procedimentos) para os resultados; contudo, o procedimento mantém seu papel fundamental na movimentação da estrutura administrativa do Estado, inclusive vinculando-se aos resultados. A legalidade tem seus limites conceituais alargados para compreender as expectativas da legitimidade, através da eficiência, compreendida como foco nos resultados.

Segundo Peters e Pierre (2010), as mudanças principais implementadas na gestão pública nas últimas décadas, no bojo do movimento genericamente identificado como *reforma da administração pública*, também referenciada como Nova Gestão Pública, são “a ênfase crescente no papel do gestor público como gerente, e a necessidade de aplicar ferramentas

gerenciais familiares ao setor privado”, bem como o “estreitamento da relação entre Estado e sociedade na entrega de serviços públicos” (idem, p. 21). Ambas as características estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltados pela EC n.º 19/1998, pelas privatizações de empresas públicas, pelas Leis n.º 11.079/2004, sobre as parcerias público-privadas, e n.º 11.107/2004, sobre os consórcios públicos, integração com o terceiro setor, conselhos administrativos com a presença de representantes da sociedade civil, dentre outros instrumentos. No entanto, tais institutos jurídicos encontram, no cotidiano, dificuldades em sua implementação, seja porque foram importados de outras realidades culturais e jurídicas, representando, assim, enxertos no ordenamento jurídico pátrio de institutos pensados para outras *sensibilidades jurídicas*,⁴⁵ seja pelo ineditismo das propostas para o ambiente brasileiro, seja pela releitura realizada pelos tribunais,⁴⁶ ou pela dificuldade em se estabelecer critérios de aferição do resultado.

É preciso destacar que a reforma da administração pública não necessariamente conduz à ideia de uma Administração mínima, embora seja esse o projeto das reformas cunhadas no contexto do neoliberalismo. Ao contrário, continua-se dependente de uma estrutura estatal – ou de uma *burocracia forte*, na expressão de Peters e Pierre (idem, p. 23), sendo certo que eles utilizam o termo burocracia num sentido próximo ao conceito tradicional de Administração Pública para o direito administrativo enquanto Estado-administrador, ou Governo, atividades administrativas do Poder Executivo (Cf. Moreira Neto, 2009, p. 125 e ss.). “Burocracia forte”, contudo, se distancia de uma visão patrimonialista ou da estrutura de um Estado que tutela a si mesmo, para se identificar com aquela que consegue entregar serviços públicos de qualidade à população.

Além disso, essa estrutura de gestão pública deve ter suas ações referenciadas à juridicidade, aqui entendida como legalidade, legitimidade e moralidade (Moreira Neto, 2009). “A natureza de garantidora do cumprimento da lei da gestão pública é a salvaguarda

⁴⁵ Segundo os estudos antropológicos de Geertz (2002), o Direito é um *saber local*, isto é, desenvolve-se de acordo com dado ambiente cultural, com o fim de normar a sociedade, mas também recebe influxos dessa mesma sociedade. É ao conjunto de crenças, símbolos e cultura que informa o Direito de dada comunidade, que ele chama de sensibilidade jurídica.

⁴⁶ Vanice Lírio do Valle (2011) refere-se a uma “censura judicial” aos conteúdos da reforma administrativa. Exemplifica com a discussão em torno da flexibilização do regime jurídico único para os servidores de agências reguladoras, com a possibilidade de adoção do regime celetista. (Lei 9.986/2000). O STF, na ADIN n.º 2310 concedeu liminar para a suspensão das contratações com base na CLT, por entender que nas funções das agências reguladoras encontrava-se o exercício do poder de polícia, atividade típica do Estado. Com a revogação dos dispositivos pela Lei 10.871/2004, acatando a tese do STF, o regime celetista para as agências reguladoras foi revogado. A autora, no entanto, não explica a contento o porquê de o regime celetista ser, necessariamente, mais adequado do que o regime estatutário.

contra o clientelismo, a corrupção e o favorecimento pessoal.” (PETERS; PIERRE, idem, p. 23). Nesse sentido, pode-se afirmar, sem um custo alto de apresentação de provas exaustivas, que a Administração Pública brasileira ainda não se coloca plenamente como uma estrutura forte do ponto de vista da eficiência-democrática, isto é, no sentido de uma *boa administração*.

Saloojee e Fraser-Moleketi⁴⁷ (2010, p. 494), referindo-se à reforma administrativa nos países em desenvolvimento, salientam que as estruturas da nova gestão pública (NGP), com enfoque na eficiência e na efetividade, não representam um discurso neutro, mas sim se insere na agenda neoliberal de reestruturação do modelo keynesiano da década de 1980, imposta externamente como condição para os empréstimos do Banco Mundial e do FMI aos países em desenvolvimento⁴⁸, constituindo, assim, o que identificam como a “primeira onda” de reforma dos serviços públicos. O equívoco, segundo os autores se encontra na crença de que se tratava de um modelo universal de administração, sem distinguir entre as peculiaridades dos serviços públicos ofertados nos países desenvolvidos e naqueles dito em desenvolvimento. Além disso, os autores apontam o caráter tautológico das propostas centradas no transplante de uma ótica privada para a esfera pública, por considerar como eficientes quem aderiu a tal normativa e ineficientes os demais, a eficiência seria comparada somente a partir da adoção de tais critérios.

Uma “segunda onda” da NGP, na década de 1990, teve foco “num conjunto mais amplo de reformas cujos objetivos eram ‘incrementar’ a avaliação do desempenho, o monitoramento, a transparência, a comparação, a descentralização, a regulação e a gestão financeira sólida.” (idem, p. 498), cujos resultados apontavam para um baixo ganho nos objetivos propostos. No que identificam como a “terceira onda”, em 2002 e 2003, o Banco

⁴⁷ Ambos os autores citados são estudiosos sul-africanos, Anver Saloojee foi conselheiro especial da Presidência no governo da África do Sul e é professor de política e administração pública na Universidade de Ryerson, em Toronto; Geraldine Fraser-Moleketi foi ministro do Governo, Administração e Serviços Públicos da África do Sul e diretor do Grupo de Governança Democrática da Agência para o Desenvolvimento de Políticas do Programa nas Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

⁴⁸ Segundo os autores (2010, p. 495), “Os empréstimos para ajuste estrutural (EAE) foram fornecidos com a condição de que os países implementassem as seguintes políticas: 1. abertura da economia nacional ao investimento e à propriedade estrangeiros; 2. abolição de subsídios governamentais aos produtos alimentícios de subsistência; 3. liberação comercial; 4. abolição de subsídios governamentais aos agricultores; 5. desvalorização das moedas nacionais; 6. Instituição da disciplina fiscal macroeconômica (por exemplo, nenhum déficit); 7. desregulamentação dos mercados domésticos; 8 privatização de empresas estatais; 9. permissão à entrada do setor privado em áreas nas quais pode fornecer bens públicos (assistência médica, água, saneamento, educação etc.); 10. comprometimento com uma política de crescimento orientada pela exportação; 11. desregulamentação dos custos do trabalho; 12. instituição de taxas de utilização dos serviços governamentais.”

Mundial⁴⁹ vinculou a reforma do serviço público à boa governança e à pobreza. Introduz-se a redução da pobreza como um elemento teleológico desse movimento de reformas no plano da gestão administrativa. Segundo os autores, pela primeira vez o movimento de reforma incrementado pelo Banco Mundial considerou que as especificidades locais influíam nos resultados, o objetivo do Banco Mundial, em estudo de 2003, agora era tornar “a reforma do setor público um elemento-chave de sua ajuda e de seu diálogo com os países clientes”. (idem, p. 503). O conteúdo da reforma almejava, portanto:

construir um serviço público honesto, eficiente, decentemente pago, orientado para o cliente; fortalecer o planejamento e o controle financeiros; simplificar os procedimentos administrativos para reduzir os obstáculos reguladores ao desenvolvimento do setor privado; e criar a capacidade de projetar e de implementar políticas setoriais executáveis”

Na perspectiva dos autores, o Banco Mundial constatou que resultados satisfatórios não foram alcançados em pelo menos dois terços das reformas. Cortes de pessoal não tornaram as administrações menores, a adoção de códigos de ética não tornaram o setor público mais responsivo, o fornecimento de serviços não necessariamente melhorou. Os autores destacam uma série de argumentos que explicariam o fracasso dessas tentativas de reformas, desde a questão da translação de modelos pensados em desacordo com especificidades locais, a abordagens tecnocráticas que não logram mudar o comportamento, a interesses pessoais ou, sobretudo, ao foco em questões quantitativas da eficiência (idem, p. 504-505).

Essas referências foram destacadas para evidenciar que o quadro normativo não ousa disciplinar, *a priori*, todas as questões referentes à Administração Pública e que o desejo por uma administração pública eficiente e boa não deve ser pensado exclusivamente sob o prisma jurídico. Ao contrário, as normas jurídicas são, por vezes, veículos dessas reformas, como já ressaltado.

No entanto, quando as estruturas de regramento social do Direito são utilizadas para implementar as mudanças pretendidas na reforma administrativa, há de se observar que todo o potencial hermenêutico das normas jurídicas deverá ser utilizado. Isto quer dizer que, por exemplo, uma vez inserida na CRFB, pela EC 19/1998, o princípio da eficiência deve ser lido

⁴⁹ Os autores citam os seguintes estudos do Banco Mundial: *Civil Service Reform, Strengthening World Bank and IMF Collaboration*. Washington: World Bank, Technical Paper n. 24494, 2002; e *Poverty Reduction and Economic Management Unit (ECSPE), Europe and Central Asia Region. Understanding Public Sector Performance in Transition Countries - an empirical contribution*. Washington: Word Bank, 2003.

numa perspectiva não meramente econômica ou de matriz neoliberal, mas em acordo com todos os outros princípios e mandamentos constitucionais, em especial, defende-se, com os que definem os fundamentos e as finalidades do Estado brasileiro (artigos. 1º e 3º), comprometido constitucionalmente com a implantação de um Estado republicano, democrático e social de Direito. Se isso se traduzirá numa “censura jurídica” (VALLE, 2011), é questão relativa, pois resulta da legítima interseção entre os campos da Política (política econômica, muitas vezes) e do Direito. O que se propõe não se confunde com uma postura ativista de engajamento político-ideológico dos julgadores, mas a vinculação aos mandamentos constitucionais, na busca de uma interpretação sistêmica da Constituição, de modo que seja ressaltado seu caráter normativo e seu espírito de unidade (HESSE, 1998).

Todo esse quadro traçado conduz à relevância de que a administração pública, abrangida em seu duplo sentido (objetivo e subjetivo), desenvolva-se a partir da premente relevância dos direitos fundamentais, em compromisso com a cidadania que merece ser atingida. Tudo isso conduz ao debate em torno do enquadramento da boa administração como norma jurídica. É o que se passa a analisar em detalhes.

Observa Jacques Chevallier (2009, p. 82) que o Estado moderno foi construído sobre o “mito do interesse geral”. Quase sempre apresentado de forma rápida, como uma espécie de trunfo, o interesse geral se liga a uma concepção do direito administrativo como direito do Estado. Segundo Jacques Chevallier, o interesse público perdeu sua força, no contexto da pós-modernidade, porque deixou de ser monopólio do Estado e também porque não pode mais ser definido *a priori*, tendo em vista a aproximação entre público e privado, isto é, os interesses particulares devem ser considerados na definição do público. Por outro lado, a esfera pública não é necessariamente o lócus de um interesse geral, tendo em vista que, muitas vezes, é apropriada por agentes do Estado, que, a pretexto de realizar o interesse público, deturpam-no com interesses pessoais, em inúmeros atos de corrupção, os quais passaram a ser mais combatidos, no plano internacional e nacional.

Se não basta mais a alegação de que o interesse público está sempre nos atos da Administração, significa dizer que ele deve ser demonstrado (ou demonstrável); desse modo, a “crise do interesse geral se manifesta notadamente naquilo em que concerne à gestão pública”, que deve buscar, de forma semelhante à esfera privada, uma gestão eficaz, o que se materializa na “nova gestão pública”, que se pauta pela transferência dos métodos de gestão privada para o ambiente público, cujas ideias centrais são resumidas por Jacques Chevallier do seguinte modo:

reduzir o custo do funcionamento dos serviços administrativos; privilegiar o “desempenho público”, pela definição de indicadores de resultados e o estabelecimento de dispositivos de avaliação; melhorar os serviços prestados aos usuários; flexibilizar as regras de gestão da função pública; praticar uma ampla delegação das responsabilidades, notadamente pela transferência das atividades da prestação. Assim o fazendo, a “nova gestão pública” tende à importação para a esfera pública dos métodos de gestão do privado: a transformação do estilo de direção, o esforço de responsabilização dos gestores e a melhoria das relações com os administrados se inspiram, a títulos diversos, em um modelo de tipo empresarial. (CHEVALLIER, 2009, p. 96).

Tratar da nova gestão pública é tema que ultrapassa os limites do Direito e, portanto, não é abordado com exatidão neste trabalho. No entanto, o direito administrativo absorve dessas propostas, até em virtude da legalidade que vige nesse campo. No entanto, a mera importação de conceitos de gestão privada deve se dar com cautela, tendo em vista que as finalidades do Estado não se comparam com as de uma empresa privada. Por outro lado, a disseminação desses princípios não significa sua adoção de forma unânime entre os países, conforme observa Jacques Chevallier:

não apenas os preceitos do *New Public Management* foram adaptados aos contextos nacionais, mas ainda a aplicação pura e simples dos métodos de gestão em vigor no âmbito privado rapidamente se evidenciou ilusória; ainda que o imperativo de eficácia se imponha também ao setor público, isso não significa no entanto que as vias e os meios para seu alcance sejam idênticos. Todavia, a ideia segundo a qual a distinção público/privado não impedira certos princípios comuns de boa gestão passou a prevalecer. (CHEVALLIER, 2009, p. 87).

O que não significa necessariamente uma desconstrução do direito administrativo. O que se defende é a necessária redefinição dos próprios fundamentos de tal ramo do Direito, o que via de regra é chamado de constitucionalização do direito administrativo. Assim, conforme a lição de Marcos Juruena (2005), fenômenos ligados à regulação não expressam uma fuga rumo ao direito privado, mas o surgimento de um novo ramo no campo do direito administrativo. De fato, defender o contrário seria negar o poder assegurado constitucionalmente do Estado funcionar como árbitro e regulador dos desvios do mercado, e recair num novo *laissez faire* inadmissível.

4 BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NORMATIVIDADE

Pensar juridicamente sobre o funcionamento da administração pública vincula-se às finalidades do direito constitucional e é da essência do direito administrativo. A Constituição funda os poderes do Estado, fixa-lhes finalidades e estabelece um estatuto mínimo de atuação, além de prever regras de competência, enquanto o direito administrativo se lança ao estudo específico dos meios de exercício da função administrativa pelos órgãos do Estado em conformidade com a ordem jurídica, mediante seu regramento. Portanto, refletir sobre o imperativo de uma boa administração está na raiz dos questionamentos jurídicos acerca do exercício da atividade administrativa; o que muda são as formas de fundamentação dessa noção.

Segundo Marçal Justen Filho (2012, p. 67), durante muito tempo a fundamentação do direito administrativo construiu-se em torno das contraposições existentes entre o pensamento de Léon Duguit e o de Maurice Hauriou; em que pese a relevância desses pensadores, a fundamentação atual careceria de novos argumentos. Duguit defendeu que o núcleo do direito administrativo encontrava-se na noção de serviços públicos, enquanto Hauriou sustentou que, embora a relevância dos serviços públicos, o conceito nuclear residia na noção de *puissance public* (poderio público⁵⁰). Afirma, ainda, que o pensamento de Hauriou ganhou mais expressiva divulgação. Desse modo, institutos clássicos de direito administrativo, como a prevalência de um interesse público *a priori*, atualmente tão contestado, a ideia de imperatividade, o poder de polícia, dentre outros, foram desenvolvidos carregando-se mais as tintas no poderio público do que numa noção de solidariedade vinculada à prestação de serviços públicos como finalidade do Estado, conforme sugerira Léon Duguit.⁵¹ Esse quadro naturalmente se refletiu na verticalidade da relação entre administrados e administração.

⁵⁰ Na língua francesa, utilizam-se as expressões *pouvoir public* e *puissance public* para expressar duas categorias que aparecem na língua portuguesa geralmente sob a mesma grafia de “poder público”. Enquanto *pouvoir public* denota a separação de poderes, *puissance public* expressa a ideia de poder em uso, o poderio do Estado em atividade, que se consubstancia nas “prerrogativas” da Administração para a execução do “interesse público”.

⁵¹ O ato administrativo, igualmente, já ocupou a centralidade dos estudos administrativistas e, no contexto das transformações, cedeu espaço para o estudo do processo administrativo (MEDAUAR, 2012b, p. 419). Observa a autora que o processo administrativo se enquadra no contexto de democracia administrativa, com foco na melhoria das relações com os administrados e possibilidade da participação destes na tomada de decisões. No entanto, afirma inexistir um critério único ou noção-chave do direito administrativo, que deve se orientar no sentido da concretização dos direitos assegurados aos administrados.

Como descrito nos Capítulos anteriores, os direitos fundamentais estabelecem os padrões atuais da relação cidadão-administração, em substituição à tradicional contraposição entre administrado e administração, a expressar uma relação mais horizontal do que vertical, e mesmo dialógica. Com isso, ressaltam-se os deveres impostos constitucionalmente à Administração Pública, e não suas prerrogativas.

É desse ponto de partida que se discute hodiernamente um tratamento jurídico à noção de boa administração, em busca de se definir um direito de cidadania que lhe corresponda. Embora as preocupações inerentes às reflexões a respeito do funcionamento do Estado e do fenômeno do poder político sejam de longuíssima tradição, a perquirição em torno dessa abordagem normativa para a noção de boa administração é recente;⁵² prende-se sobretudo à ascensão do discurso dos direitos humanos e fundamentais e encontra campo de estudo no direito comunitário europeu.

Conforme evidenciado, a questão perpassa pelas transformações já ocorridas e pelas que estão em curso na natureza da relação entre o particular e o Estado-Administração, enquanto a definição de uma “cidadania administrativa” (CHEVALIER, 2009), como decorrência de entendimento mais amplo acerca da cidadania. Só há falar-se em direito à boa administração caso se tenha em mente que os indivíduos não são mais meros administrados, algo como objetos, sujeitos à atuação estatal.⁵³

Portanto, neste Capítulo, objetiva-se estudar a normatividade da noção de boa administração pública, a compreender sua construção normativa (4.1), bem como a análise crítica quanto ao seu conteúdo, com referências ao enquadramento doutrinário entre as espécies normativas e sua potencialidade de revestir um comando jurídico próprio (4.2).

⁵² No entanto, Rhita Boust (2010, p. 70-82) dá conta de que a expressão aparece, na doutrina francesa, na obra de Maurice Hauriou de forma pouco clara, conectada à discussão sobre moralidade administrativa, enquanto parte da sua teoria da instituição.

⁵³ Nesse particular, a ressalva de Marçal Justen Filho (2012, p. 74) sobre o traço tradicional dessa relação: “O administrado não tem rosto em face do Direito Administrativo, é quase uma sombra.”

4.1 A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO

A noção de boa administração é geralmente apresentada como um meio de reagrupar diversos princípios constitucionais e administrativos de ação e funcionamento da administração pública, o que poderia esfumegar um conteúdo jurídico específico (BOUSTA, 2010, p. 29), embora evidencie sua existência como um objeto de análise jurídica.

Boa administração trata-se de uma ideia que se liga ao debate econômico, político e social, não só à ideia de prestação de serviços públicos. Segundo a pesquisadora francesa Rhita Bousta (2010), a boa administração é objeto de estudo da ciência da administração pública, enquanto síntese das análises multidisciplinares do fenômeno administrativo, associa-se à deontologia, compreendida como ciência dos deveres profissionais, que são por vezes juridicamente recepcionados, inclusive tendo alguns comportamentos profissionais sancionados; bem como a valores éticos e morais, assim como a uma ética no serviço público. Sua relevância jurídica reside no fato de encontrar-se no bojo da relação entre administração e “administrados”, o que permite conduzir o tema à análise jurídica.

Diante do aparente caráter fluido que a expressão comporta, resta saber, primeiramente, se é possível deduzir uma norma jurídica que a viabilize do ponto de vista do dever-ser; após, qual a roupagem jurídica que a boa administração pode assumir: princípio ou dever objetivo, para se chegar ao papel que assume no contexto do ordenamento jurídico regente do funcionamento das estruturas administrativas do Estado, visando à dedução de um direito subjetivo.

De qualquer forma, não é a pretensa fluidez do termo que impede sua apreciação de forma jurídica. Outros conceitos normativos (boa-fé, por exemplo) apresentam igual ou maior vaguidade, sem que com isso comprometam-se suas tradição e aplicabilidade jurídicas, ao lhes fixar os sentidos no campo jurídico. Acrescente-se que a utilização de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados é apontada como característica dos enunciados normativos constitucionais no momento atual (BARROSO, 2009, p. 198), fenômeno que se replica na produção legislativa.

Um dos percalços para o reconhecimento jurídico de uma carga normativa da noção de boa administração repousa na utilização do adjetivo “bom”. A questão reside em saber se se trata de uma valoração ou o “bom” pode ser definido normativamente.

É preciso destacar, primeiramente, que tal adjetivação não é nova no Direito, não chegando a causar estranhamento, basta citar conceitos como a boa-fé, tão discutida no campo

civil e com crescente relevância para o âmbito administrativo, ou a expressão clássica *bonus pater familias* (“bom pai de família”), atualmente em desuso, vinculada à apreciação de um padrão de comportamento adequado, em termos de análise da culpa.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2007) sustenta que os conceitos jurídicos fluidos não devem ser vistos propriamente como um problema no campo da aplicação do Direito, pois apesar de necessitarem de um esforço interpretativo “ainda assim têm algum conteúdo determinável, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras.” (p. 28-29). Partindo da acepção corrente na sociedade, suas interpretações devem valorizar a contextualidade do sistema de normas, devendo ocorrer em concreto e não abstratamente.

O mesmo ocorre no caso da boa administração. Se o substantivo remete ao exercício da função administrativa, o qualificativo se refere à forma e à adequação entre os atos e procedimentos desenvolvidos para sua concretização com as finalidades previstas constitucionalmente ou escolhidas pelo processo democrático.

Desse modo, o adjetivo “bom” não deve ser compreendido sob um prisma eminentemente valorativo, mas sim deduzido juridicamente. O qualificativo decorre do ordenamento jurídico, identificável mediante interpretação. Sua qualificação remete ao problema do uso dos conceitos fluidos, abertos ou indeterminados nos textos jurídicos, bem como ao da textura aberta da linguagem no Direito.

Exatamente por isso a boa administração não deve ser lida numa visão ontológica, isto é, não se trata de buscar uma essência significante para a boa administração numa concepção de ideal platônico. Porém, cuida-se de especificar que no campo jurídico ela se traduz como um macro-conceito que se serve dos paradigmas clássicos do Direito – existência, validade e eficácia – bem como de novos paradigmas, tais como os de legitimidade, finalidade, eficiência e resultados.⁵⁴

O administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 19 e ss.) vai sustentar que a inserção de conceitos jurídicos plurissignificativos ou fluidos na finalidade da norma (atender ao interesse público, reduzir as desigualdades sociais, promover o bem de todos etc.) gera um âmbito de discricionariedade para o administrador quando da edição de atos

⁵⁴ Diogo de Figueiredo (2008, p. 29) afirma que tais novos paradigmas, em conjunto com os paradigmas clássicos, qualificam juridicamente a ação administrativa do Estado no quadro do Direito atual, guiado pelos “macro-paradigmas dos direitos fundamentais e da democracia integral.”

administrativos.⁵⁵ Não obstante, a sindicabilidade de sua atuação persiste em sede de controle interno ou externo, prendendo-se muito mais à lógica da legitimidade do que à da discussão em torno do mérito administrativo.

O problema da ambiguidade da linguagem no Direito já foi amplamente discutido, sob a análise da textura aberta da linguagem.⁵⁶ Ainda que se almejassem normas precisas, a ponto de os aplicadores assumirem a função de boca da lei, “Um sistema jurídico livre de vaguidade é impossível” (STRUCHINER, 2005: p. 114), um nível de imprecisão é inerente à própria linguagem e o Direito tem de lidar com isso (HART, 2012).

Buscando determinar o sentido jurídico para o qualificativo “bom”, pode-se dizer que a prova de bondade da administração pública será expressa por “sua própria essência”, no sentido de servir, administrar, ressaltando-se, desse modo, seu aspecto relacional interno e externo (SOUVIRÓN MORENILLA, 2011, p. 230-232). Ao mesmo tempo em que se vincula à lei (em sentido material), como executora de sua vontade, a Administração se lança em contato com os administrados (cidadãos e pessoas jurídicas, bom frisar). O pensamento do autor se centra, desse modo, na insuficiência do princípio da legalidade como cláusula de proteção dos direitos fundamentais frente à atividade administrativa, no que vai ao encontro de diversos autores no Brasil (MOREIRA NETO, BINENBOJM; MEDAUAR, JUSTEN FILHO, dentre outros).

Resulta dizer que só a legalidade formal não preenche o âmbito de proteção dos bens confiados ao exercício da atividade administrativa, o que se coaduna com as críticas ao modelo burocrático, como visto. Ocasão, portanto, em que a boa administração integra essa proposta de correção, a considerar-se a atividade administrativa sob o ponto de vista dos destinatários. Nesse ponto, a bondade administrativa traduz-se como *“una ‘bondad’ referenciada en todo caso respecto de los intereses y la posición concreta de los ciudadanos interesados (y no de la propia Administración)”* (SOUVIRÓN MORENILLA, 2011, p. 236).

⁵⁵ De forma contrária, Roberto Barroso (2009) afirma que o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados não deve ser confundido com poder discricionário. A atribuição de sentido se daria por meios técnicos, baseada em regras de experiência e em precedentes, bem como em elementos externos ao Direito. Já a discricionariedade, enquanto possibilidade de escolha feita pelo aplicador, com base num juízo de oportunidade e conveniência, mas nos limites traçados pela norma jurídica. O autor observa, ainda, que tais conceitos indeterminados são passíveis de controle jurisdicional; ou seja, ambos admitem o controle, embora diverjam quanto ao caráter discricionário na interpretação desses conceitos.

⁵⁶ Noel Struchiner (2005) afirma que a contribuição positivista de Hart está em trazer para sua proposta positivista o problema discutido na filosofia sobre a linguagem. Assim, o positivismo de Hart, embora desassocie direito e moral, não pretende uma completude do sistema jurídico.

Frente a esse quadro, a ancoragem na teoria dos direitos fundamentais funcionaliza aquele conceito, dando-lhe um viés determinante, que, se concretizado, terminará por fomentar a proteção devida aos mesmos direitos fundamentais, num movimento de retroalimentação. Do mesmo modo, a interligação aos princípios republicanos permite significar o adjetivo, afastando-o de concepções ontológicas – bom em essência – para se dirigir a uma atuação que se legitima pelo exercício ético do poder, orientado à consecução de resultados em termos de direitos fundamentais (RODRIGUEZ-ARANA, 2008). É por essa forma de atuação que a Administração pode ser qualificada como boa.

O tema aparece de forma expressa no direito comunitário da União Europeia, razão pela qual se faz imprescindível analisar essa inclusão (item 4.1.1), a observar, contudo, que não se trata de estudo comparado, tendo em vista sua peculiaridade de ordem jurídica supraestatal; posteriormente, analisa-se o enquadramento da temática da boa administração no ordenamento jurídico brasileiro (item 4.1.2).

4.1.1 O direito à boa administração no direito comunitário europeu

O direito comunitário europeu vem sendo a sede dos mais amplos debates sobre a juridicidade da boa administração, não obstante o tema encontre referências nos países europeus.⁵⁷ Primeiramente elaborado como um princípio geral do Direito pelas jurisdições do direito comunitário europeu (MENDES, 2009, p. 558; BOUSTA, 2010, p. 83), sofreu o influxo da atuação do Provedor de Justiça e do Parlamento Europeu, até que o tema teve reconhecimento formal na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 41), em 2000, sem que, com isso, cessasse sua elaboração doutrinária. A partir desse ponto,

⁵⁷ Ritha Bousta (2011, p. 48) afirma que as primeiras referências à boa administração na Europa se deram no âmbito dos países, como na jurisprudência grega, onde se aproxima da ideia de boa-fé. Ressalta que na Holanda o princípio de boa administração encontra referências em lei de 1954, sobre processo administrativo, bem como em leis de 1992 e 1994, que se referem a uma série de princípios e regras que incidem sobre a administração, tais como segurança legítima, motivação dos atos administrativos, legalidade, igualdade e proporcionalidade, dentre outros, de modo que a “boa administração” aparece como o enquadramento da Administração a esse conjunto de princípios. Ainda segundo ela, na Espanha, a lei de jurisdição administrativa de 1956 fala em boa e justa administração. Além desses países, a administração pública é constitucionalmente emoldurada na Itália, na Espanha e em Portugal. O fenômeno se adequa ao movimento de influência dos direitos nacionais na construção do direito comunitário, que “devolve” novas influências nos ordenamentos nacionais (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2011).

aprofundaram-se os estudos sobre o alcance e conteúdo da boa administração enquanto norma, no âmbito dos Estados nacionais, integrantes ou não da União Europeia.

O desenvolvimento do conceito de boa administração contou com a participação ativa do Provedor de Justiça Europeu,⁵⁸ tendo em vista que suas atribuições são definidas para apuração de casos de má administração, conforme o artigo n. 228, n. 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁵⁹ (antigo artigo 195 do TCE), que, no entanto, não estabelece critérios para identificação de tais casos. Por meio dos relatórios do Provedor,⁶⁰ foram sendo firmados os parâmetros da noção de má administração, que, aliás, serviriam para fixar suas próprias atribuições.

No relatório de 1995, o Provedor Jacob Söderman afirmou que a má administração, em “lista não exaustiva”, incluiria casos de desrespeito aos direitos fundamentais, omissões, abuso do poder, negligência, procedimentos ilegais, deslealdade, disfunção ou incompetência, discriminação, atraso evitável, falta ou recusa de informação; sendo que a definição proposta foi nos seguintes termos, com a observação de que se dirigia a casos de natureza administrativa e não política ou jurisdicional:

⁵⁸ Em inglês, *European Ombudsman*; em francês, *Médiateur Européen*; em espanhol, *Defensor del Pueblo*. Trata-se de instituição que busca aproximar as instituições comunitárias dos cidadãos, numa lógica de reconhecimento da cidadania europeia. Encontra paralelo a órgãos de mesmo teor no âmbito de diversos países europeus. Para maiores detalhes, consultem-se os relatórios mencionados. De certa forma, pode-se dizer que guarda proximidade com o Ministério Público, conforme as atribuições que a Constituição brasileira (artigo 127) lhe reserva, no sentido de atuar em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁵⁹ “Artigo 228, 1. O Provedor de Justiça Europeu, que é eleito pelo Parlamento Europeu, é competente para receber queixas apresentadas por qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede estatutária num Estado-Membro e respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições, órgãos ou organismos da União, com excepção do Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício das suas funções jurisdicionais. O Provedor de Justiça instrui essas queixas e apresenta relatório sobre as mesmas.

De acordo com a sua missão, o Provedor de Justiça procederá aos inquéritos que considere justificados, quer por sua própria iniciativa quer com base nas queixas que lhe tenham sido apresentadas, directamente ou por intermédio de um membro do Parlamento Europeu, salvo se os factos invocados forem ou tiverem sido objecto de processo jurisdicional. Sempre que o Provedor de Justiça constatare uma situação de má administração, apresentará o assunto à instituição, órgão ou organismo em causa, que dispõe de um prazo de três meses para lhe apresentar a sua posição. O Provedor de Justiça enviará seguidamente um relatório ao Parlamento Europeu e àquela instituição, órgão ou organismo. A pessoa que apresentou a queixa será informada do resultado dos inquéritos.

O Provedor de Justiça apresentará anualmente ao Parlamento um relatório sobre os resultados dos inquéritos que tenha efectuado.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PT:PDF>>. Acesso em 04/02/2013. Ressalta-se que se respeitou a grafia em português europeu dos documentos retirados dos sítios da União Europeia na Internet. Acesso em 04/02/2013.

⁶⁰ Disponíveis em <<http://www.ombudsman.europa.eu/activities/annualreports.faces>>. Acesso em 04/02/2013.

Naturalmente dar-se-á um caso de má administração sempre que uma instituição ou organismo da Comunidade deixar de agir em consonância com os tratados e com os actos comunitários de carácter vinculativo, ou ainda no caso de não observar as regras e os princípios de direito estabelecidos pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância. (PROVEDOR EUROPEU, 1995, p. 9).

Em 1997, buscando refinar o conceito de má administração, a partir da análise das inúmeras significações no âmbito dos Estados nacionais, o relatório anual sintetizou o conceito nos seguintes termos: “A má administração ocorre quando um organismo público não actua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado” (PROVEDOR EUROPEU, 1997, p. 25). São ressaltados, igualmente, os limites provenientes do uso adequado do poder discricionário, que não perfaz casos de má administração, bem como o entendimento de que, de modo geral, “o que representa na prática boa ou má administração é determinado caso a caso” (idem, p. 27).

Difícil distinguir a má administração da simples ilegalidade, em face desta proposição, que pouco ou nada inova em relação ao tradicional conceito de legalidade.

De qualquer forma, a *contrario sensu* o conceito de boa administração ia sendo construído. Observa Vanice Regina Lírio do Valle (2011, p. 65) que as apreciações dos relatórios anuais pelo Parlamento Europeu contribuíram para a vinculação da boa administração ao reconhecimento de direitos dos cidadãos. Assim, a Resolução do Parlamento, de 10 de junho de 1997, que apreciou o relatório do Provedor, utilizou expressamente a boa administração como um direito pela primeira vez.

Do mesmo modo, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa nasce da proposta do Provedor de Justiça.⁶¹ Aprovado em setembro de 2001, seu texto busca explicitar o significado da boa administração, com referência a inúmeros princípios e regras de conceituação autônoma, tais como proporcionalidade, não-discriminação, legalidade, vedação de abuso do poder e transparência.

⁶¹ Versão em português disponível em <<http://www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces#hl9>> Último acesso em 05/02/2013. Lê-se na introdução do Código de Boa Conduta Administrativa: “A ideia de um Código foi inicialmente proposta pelo Deputado Roy PERRY em 1998. O Provedor de Justiça Europeu elaborou o texto na sequência de um inquérito de iniciativa própria e apresentou-o ao Parlamento Europeu sob a forma de relatório especial. A resolução do Parlamento relativa ao Código baseia-se na proposta do Provedor de Justiça, com algumas modificações introduzidas por Roy PERRY na qualidade de relator da Comissão de Petições do Parlamento Europeu.”

Assim, por exemplo, sua natureza guarda relação com a proposta do *soft law* (*droit souple, derecho suave*, “direito dútil”),⁶² à medida que seu reconhecimento como regra jurídica no sentido clássico não foi reconhecida, extensiva a todos os órgãos comunitários, mas funciona como *standard* de boa administração, bem como, ainda que insuficiente para precisar o conteúdo do direito subjetivo à boa administração (MENDES, 2009, p. 556), o Código é útil para clarificar o conteúdo extrajurídico da boa administração no direito comunitário. Ao tratar de princípios jurídicos e “regras de comportamento ético e de bom serviço administrativo” (MENDES, 2009, p. 566), numa dimensão extrajurídica, dirige-se, muitas vezes, aos funcionários das instituições, em linguagem vinculante, de modo a legitimar sua invocação por particulares na prestação de serviços públicos.

Esses documentos são relevantes à medida que moldaram o sentido de boa administração e, embora não apresentem caráter normativo clássico, foram construídos com base num processo argumentativo inter-institucional, ligam-se ao *soft law*, funcionando como vetores de interpretação do direito posto e terminando por gerar algumas garantias para os cidadãos.

O processo de reconhecimento do direito à boa administração tem grande avanço com a aprovação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice), que inscreve o “direito fundamental à boa administração” no Título V, vinculando-o aos direitos de cidadania, ainda que marcado por uma redação fluida e pluralista:

Artigo 41.º – Direito a uma boa administração:

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;
 - b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
 - c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

⁶² Observa Daniel Sarmiento: “*Bajo el término soft law se engloban los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio, pero incardinados, de una forma u otra, en el sistema de fuentes. El Derecho público ha sido testigo en los últimos años de una afluencia muy notable de soft law, con unos efectos jurídicos que no resultan del todo claros. Instrucciones, Planes, Circulares, Normas Técnicas, Cartas de Servicios, Códigos de Buen Gobierno, Acuerdos, Convenios, y un largo etcétera de instrumentos sin regulación propia que causan importantes dificultades al intérprete del Derecho.*”

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua. (UNIÃO EUROPEIA, 2010).

Os artigos 42, 43 e 44 da referida Carta completam esse quadro, ao preverem os direitos de acesso a documentos, de petição, e de acesso ao Provedor de Justiça Europeu, em casos de má-administração na atuação dos órgãos e instituições da União Europeia, exceto o Tribunal de Justiça em suas funções jurisdicionais. O artigo 41 acolhe sobre o manto do chamado direito à boa administração uma série de princípios e comandos desenvolvidos doutrinária e jurisprudencialmente.

Embora aprovada em 7 de dezembro de 2000, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia teve impulso decisivo somente com o Tratado de Lisboa (artigo 6.º, n. 1),⁶³ que lhe conferiu natureza jurídica idêntica à dos tratados da União Europeia, tendo em vista que a proposta inicial era de que ela fizesse parte da Constituição Europeia, projeto abortado pela discordância de alguns países (França e Holanda) em plebiscito.

Porém, o artigo 41 da Carta de Nice é alvo de profundas críticas. Sua capacidade de abrigar um autêntico direito subjetivo é posta em dúvida, em face do caráter agregador que o texto comporta. Joana Mendes (2009) observa que o recurso de enumeração de princípios jurídicos autônomos dá ao direito à boa administração a qualidade de um *droit-chapeau* (“direito-chapéu”, numa tradução literal), ao buscar abarcar em seu bojo inúmeros outros institutos jurídicos. Rhita Bousta (2010) critica a plurissignificação do princípio de boa administração no direito comunitário, salientando que a heterogeneidade dos princípios e direitos que lhe são associados dificulta seu entendimento como um conceito autônomo: direitos de defesa, de transparência, de ser atendido, contraditório etc. As críticas serão abordadas no item 4.2.

Em síntese, o tratamento dado pelo direito comunitário europeu ao tema da boa administração guarda relevância com a tarefa de conformação do funcionamento dos próprios órgãos administrativos comunitários. Mais recentemente, busca-se também a conformação do exercício das atividades administrativas nos diferentes Estados-membros quando se trata de aplicação do direito comunitário pelos Estados (artigo 51, da Carta). Porém, termina por

⁶³ O Tratado de Lisboa foi assinado em 13/12/2007 e entrou em vigor em 01/12/2009. No seu artigo 6.º, n. 1, é reconhecida a natureza de tratado à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.”

produzir influências sobre os direitos internos de modo mais amplo (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2011).

Com a Recomendação CM/Rec(2007)7, o movimento de reconhecimento jurídico é reforçado, tendo em vista que é direcionada aos Estados-membros pelo Comitê de Ministros dos Estados Membros (estrutura do Conselho Europeu), a proposta de um código modelo único, obrigatório, bem como a definição de um “direito individual fundamental à boa administração”. A relevância do aspecto jurídico é destacada no último “considerando” da Recomendação, a afirmar que as exigências de um direito fundamental à boa administração podem ser reforçadas por um instrumento jurídico de caráter geral; que estas exigências emanam dos princípios fundamentais do Estado de direito, tais como os princípios da legalidade, da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica, da atuação em tempo razoável, da participação, do respeito à vida privada e da transparência; de modo que os direitos e interesses das pessoas privadas sejam respeitados pelos atos administrativos.⁶⁴

Recomenda-se, assim, aos Estados-membros a promoção da boa administração no quadro de princípios do Estado de Direito e da democracia, mediante o funcionamento de administrações públicas assecuratórias da eficácia, eficiência e economia (*efficacité, efficience et économie*), bem como a promoção do direito à boa administração no interesse de todos, com adoção de normas específicas.

Prende-se a temática, assim, ao desenvolvimento de uma cidadania europeia, ou seja, é reconhecido que o acesso do cidadão à função administrativa comunitária e nacional é relevante para o desenvolvimento da cidadania. De toda forma, o esforço pela caracterização de um direito subjetivo, dotado de fundamentalidade, demonstra a relevância do cidadão frente ao aparato burocrático do poder organizado, seja em nível nacional seja em nível comunitário.

Quando o tema é trazido para o ambiente do ordenamento jurídico nacional, ganha relevo a análise do projeto político presente no texto constitucional. É a partir desse ambiente normativo – a Constituição brasileira – que o tema passa a ser conduzido.

⁶⁴ Segue o dispositivo na íntegra : “*Considérant que les exigences d’un droit à une bonne administration peuvent être renforcées par un instrument juridique de portée générale ; que ces exigences émanent de principes fondamentaux de l’Etat de droit, tels que les principes de légalité, d’égalité, d’impartialité, de proportionnalité, de sécurité juridique, de délais raisonnables pour agir, de participation, de respect de la vie privée et de transparence ; et qu’elles commandent l’aménagement de procédures destinées à protéger les droits et intérêts des personnes privées, à les informer, à les faire participer à l’adoption d’actes administratifs.*”

4.1.2 Reconhecimento do direito à boa administração na CRFB

Sustentar a exigência da boa administração como norma jurídica no ordenamento brasileiro não é mera importação de conceito desenvolvido alhures, nem exercício de retórica. Cuida-se de verificar sua adequação com os fundamentos do Estado brasileiro, conforme estruturado pela Constituição. Se o direito à boa administração na ordem europeia sofre críticas ainda que se encontre formalmente previsto numa Carta de direitos fundamentais, agora reconhecida como autêntica norma jurídica pelo Tratado de Lisboa, no campo do Direito brasileiro, onde inexistente previsão expressa, seu reconhecimento se torna dependente da construção interpretativa que se faça em torno dos fundamentos do Estado brasileiro e da centralidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional.

Sustenta-se, neste trabalho, que a qualificação do exercício da administração pública se prende ao respeito aos objetivos fixados pela Constituição. Isso permite, a partir da lógica do próprio ordenamento normativo, explicitar o conteúdo da boa atuação no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro.

É de se observar, primeiramente, que a ausência de positivação expressa do termo não significa a sua inexistência no plano normativo. Isso porque as normas jurídicas subsistem mesmo sem correspondência expressa a um dispositivo específico (ÁVILA, 2005a, p. 22 e ss.), podendo ser deduzidas a partir do ordenamento jurídico, num processo hermenêutico não voluntarista, isto é, pautado por critérios estabelecidos pelo próprio sistema, tais como os significados mínimos dos dispositivos, que não podem ser afastados pelo intérprete/aplicador, os fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico, os valores que fundamentam esse ordenamento e os bens jurídicos voltados a implementá-los.⁶⁵

Conforme se observa na doutrina espanhola, “*La ausencia de una mención expresa a la buena administración no impide su reconocimiento como parte del contenido interpretativo de otra serie de principios constitucionales*” (RUIZ-RICO RUIZ, 2011, p. 55).

Um outro argumento prende-se ao fato da Constituição brasileira possuir um inegável traço “dirigente”. Tal posicionamento não é isento de críticas, é verdade, mas salta do texto constitucional o caráter programático, por exemplo, ao apontar os objetivos republicanos a

⁶⁵ “Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.” (ÁVILA, 2005a, p. 26).

serem perseguidos pelo Estado (artigo 3º). Ainda que caracterizados como normas abertas (MENDES; BRANCO, 2011, p. 81), tais objetivos direcionam a atuação legislativa e também administrativa para a consecução de seus mandamentos, além disso, promovem a integração do sistema no sentido interpretativo. É de se observar que o caráter programático não significa ausência de normatividade (CANOTILHO, p. 184), tese presente na jurisprudência do STF:

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409).

Claudio Pereira de Souza Neto (2011b) propõe a classificação de três tipos de constitucionalismo no contexto atual, de acordo com a abrangência e a neutralidade política que sustentem: o social-dirigente e o econômico-liberal, ambos abrangentes em termos políticos, vinculados aos seus respectivos projetos social e econômico confiado ao Estado; assim como o constitucionalismo democrático, que não propõe um modelo econômico-social abrangente, mas busca garantir as condições necessárias ao contexto democrático, o que inclui a proteção dos direitos fundamentais, neles compreendidos os direitos sociais. O autor observa que na realidade, o mais comum é um misto destes modelos (caráter híbrido, “terceira-via”). No caso da Constituição brasileira, sustenta que em sua origem, prendia-se ao constitucionalismo social-dirigente; com as sucessivas reformas, sobretudo ao longo da década de 1990 – o que coincide com as reformas administrativas – tendeu a um modelo marcadamente neoliberal, ainda que a combinar a não-intervenção do Estado na economia com a proteção dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial e algumas políticas de reconhecimento. Afirma, ainda, que o embate atual diz respeito mais à defesa da proposta democrática do que à restauração de uma proposta socialmente dirigente. Segundo ele, “é tempo de ‘menos abrangência constitucional’ e de mais ‘democracia’.” (p. 41).

Em termos de direitos e objetivos fundamentais, crê-se que o caráter programático⁶⁶ da Constituição persiste, ao menos enquanto durarem as desigualdades que moveram o constituinte a fixá-los no texto constitucional. Mas isso não significa discordância com a tese do autor apresentado. Pois a eliminação de tais desigualdades, ou ao menos o comprometimento efetivo para com as medidas necessárias tendentes a eliminá-las se coaduna com a própria ideia de democracia,⁶⁷ quando compreendida em seu duplo aspecto, formal e material (MÜLLER, 2000; 2006). Portanto, num ambiente político em que a sociedade queira instituir um Estado Democrático de Direito, caberá à Constituição estabelecer juridicamente os direitos fundamentais, enquanto esfera de possibilidade de concretização do eixo central de finalidades e de justificativa da existência de tal Estado, bem como de exercício da própria democracia.

É nesse contexto de implementação e fomento dos direitos fundamentais que a atuação da Administração Pública deve ser analisada. Vigora, no momento atual, o ideal de uma administração pública pautada pela necessidade de resultados para além da mera legalidade, enquanto adequação formal da conduta ou ato aos requisitos traçados em leis, e que se conformem com a juridicidade, vale dizer, o sistema normativo como um todo, tendo ao centro a Constituição, de modo a abranger a legitimidade.

Portanto, respeitado o espaço de elaboração de propostas políticas pelo caminho democrático das eleições, a atuação da Administração Pública não decorrerá exclusivamente da vontade discricionária ou autoritária de um governante ou de um grupo de ocasião, nem mesmo exclusivamente de um aparato técnico, mas sim da Constituição.⁶⁸

⁶⁶ Indagado sobre a “Constituição dirigente” e se sua existência seria benéfica para países como o Brasil, o professor alemão Friedrich Müller respondeu que seria supérfluo falar-se em dirigismo constitucional quando se tem a proposta de um Estado democrático de Direito, já que isto significa a centralidade da Constituição do ponto de vista normativo e o enquadramento dos poderes constituídos ao Direito, mas acrescenta que o tema é relevante para a realidade nacional, em face das “tendências de desconstitucionalização e de desregulação neoliberal”. (MÜLLER, 2005).

⁶⁷ Eduardo Garcia de Enterría (1997, p. 80-81) observa com propriedade: “Suele ser común reducir la idea democrática a un sistema de elección periódica de los gobernantes. Pero a nosotros, como iuspublicistas, nos interesa perseguir la idea misma democrática en las propias estructuras jurídicas y, más aún, analizar éstas en sus relaciones, que son sustanciales, con ese aspecto más visible de la democracia que es la construcción de un poder representativo del pueblo.”

⁶⁸ Alexandre Santos Aragão (2006) observa, com precisão lapidar, que: “O Direito Público do Estado Contemporâneo visa satisfazer determinadas necessidades sociais, sendo vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina.”

4.2 O CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA

Definidos os contextos de desenvolvimento do direito à boa administração e fixada a pertinência com a Constituição nacional, resta agora analisar mais detidamente neste item a roupagem jurídica que recobre a noção normativa da boa administração, se de fato trata-se de um direito pessoal e qual sua abrangência. Neste tópico, examinam-se as críticas e propostas sobre o direito à boa administração, inclusive de alguns autores europeus, e averigua-se a pertinência de tais propostas para o direito brasileiro.

Embora o reconhecimento na Carta de Nice afirme sua natureza de direito subjetivo, tal escolha é criticada por muitos autores, tendo em vista a dificuldade de encaixar sua estrutura plúrima no conceito tradicional de direito subjetivo. Desenvolve-se este item com base na análise doutrinária tecida no plano do direito comunitário europeu e também naquela que vem se firmando no contexto nacional.

Os pesquisadores do tema, embora partam de caminhos distintos, são unânimes em destacar a relevância do quadro normativo da boa administração para o direito público atual, conquanto diverjam em relação a sua natureza jurídica. Assim, a boa administração vem sendo compreendida ora como **princípio**, ora como **dever objetivo**, ora com a roupagem de **direito subjetivo (fundamental)**. O seu enquadramento normativo é relevante porque trará consequências práticas, sobretudo em sede de controle e modo de realização. A depender da conexão que se estabeleça com aspectos extrajurídicos, seu tratamento também pode ser afetado no plano do controle.

Na expressão do artigo 41 da Carta Europeia agrupa-se uma quantidade expressiva de princípios e regras sob o manto do direito à boa administração: imparcialidade, tratamento equitativo, duração razoável do processo administrativo, direito ao contraditório, o acesso a documentos, o dever do poder público em fundamentar as decisões, a indenizabilidade dos danos decorrentes de atos da Administração, e um direito de aspecto multicultural, de dirigir-se aos órgãos comunitários e de obter deles resposta no idioma pátrio do administrado. Dessa multiplicidade de desdobramentos da boa administração, somente este último aspecto não consta da CRFB. Os demais, como se explicitará melhor, estão presentes no sistema jurídico brasileiro.

A considerar essa pluralidade semântica, a pesquisadora Joana Mendes (2009) traz um posicionamento que, antes de questionar a pluralidade de significados da boa administração para o Direito, dialoga com ela e aponta que a boa administração comporta vários níveis

interconectados:⁶⁹ 1) dois de natureza jurídica, a abarcar: a) as garantias processuais, com fins de proteção dos direitos substanciais das pessoas em relação com a administração; b) as regras jurídicas estruturantes da função administrativa, voltadas à persecução do interesse público; 2) outro de natureza extrajurídica, a se expressar por *standards* de comportamento para a prestação dos serviços administrativos fornecidos ao público, tais como cordialidade e resposta em tempo ágil, instrumentalizadas em códigos de boa conduta ou de ética, mas que mesmo assim terminam por apresentar influência no campo jurídico, conforme a proposta do *soft law* já mencionada.

A proposta metodológica de apresentação do conteúdo da boa administração em três níveis facilita a análise de seu conteúdo, sobretudo ao integrar o jurídico e o extrajurídico, o que permite abrir o sistema do Direito a outras áreas do saber, notadamente a economia, a administração e a ética. Se, por um lado, isso se traduz em novos desafios para os aplicadores do Direito e para os agentes da Administração Pública, permite o desenvolvimento de uma análise multidisciplinar que certamente se expressa pela tendência de uma interpretação conciliatória ou ao menos não desconectada dessa realidade.

Segundo Joana Mendes, essa pluralidade dá à boa administração a característica de um *droit-chapeau*,⁷⁰ a abrigar em seu campo de significância princípios de funcionamento da Administração Pública, direitos específicos dos administrados e características de funcionamento da gestão, num sentido extrajurídico.

4.2.1 Entre princípio e dever objetivo

Outros enquadramentos doutrinários vão destacar o caráter principiológico da boa administração.

⁶⁹ A autora observa que, no ambiente europeu, o conteúdo do direito à boa administração abarca os campos de atuação do Mediador (Ombudsman), ao misturar conceitos jurídicos de legalidade e aspectos extrajurídicos da ação administrativa (p. 560).

⁷⁰ A autora conduz seu estudo em torno do Código de Boa Conduta Europeu, ressaltando que os aspectos procedimentais nele presentes são relevantes do ponto de vista do funcionamento da boa administração. O Código consiste em documento não jurídico, embora trate de explicitar comportamentos que influem na realização de direitos como o bom atendimento, a duração razoável dos processos, dentre outros. Tudo isso conduz à observação de que, no plano nacional, a própria Administração necessita se vincular com a realização de boas práticas de gestão, o que transborda do campo meramente jurídico para alcançar outras áreas do conhecimento. Num campo teórico, contudo, o dever de estruturação pode ser mencionado como integrante do dever jurídico de dar atendimento à boa administração, quando considerada como um princípio geral ou como um dever objetivo.

Lucio Pegoraro (2011, p. 40), catedrático de direito comparado na Universidade de Bolonha, observa que “*Una buena administración, en una visión teórica, no es un derecho, es el objetivo mismo del Estado (cuyos fines son exactamente: defensa externa y administración interna de una comunidad), cualquiera que sea su forma prescindiendo del orden que se dé.*” Após pontuar que o uso indiscriminado do termo “direito” deve ser evitado,⁷¹ o autor afirma que “o direito à boa administração” (para ele, entre aspas) aparece como “*una categoría intermedia entre los principios generales y los (verdaderos) derechos*”, a resultar do adensamento doutrinário e jurisprudencial feito a partir das formas genéricas dos princípios da legalidade, *rule of law*, dentre outros que informam os Estados liberal-democrático, constitucional, ou social de Direito. Ressalta, assim, que o enquadramento de situações de vantagem para as pessoas sob a forma jurídica de “direito à boa administração” não é censurável, pois aponta para a expansão da proteção do cidadão, mediante a tutela jurídica de novos aspectos que decorrerão dos estudos a seu respeito. Torna-se relevante esse caráter de adensamento que o autor utiliza, pois na medida em que o discurso em torno da boa administração seja fomentado, novos mecanismos de proteção das pessoas podem ser desenvolvidos.

A boa administração é também vista como “limite material genérico à intervenção da Administração sobre os particulares” (SOUVIRÓN MORENILLA, 2011, p. 235). Para o autor, a boa administração se configura num princípio geral de direito vinculante para a Administração, a realizar uma função integradora e inovadora do ordenamento, bem como uma função normativa. Apesar de destacar a existência de ampla margem de abstração e indeterminação, pontua que, ainda assim, ela tem a função de ser, ao lado da legalidade, um princípio estruturante do âmbito externo do campo relacional da administração pública com os cidadãos.

Esse aspecto relacional decorre da natureza instrumental da administração pública, que se estabelece em duas perspectivas: a) numa perspectiva interna, ela deve se traduzir em eficaz e leal cumprimento do princípio da legalidade, trata-se de servir ao soberano, isto é, à Lei;⁷² a relação nesse caso permanece no âmbito estrutural da divisão de poderes, que requer máxima racionalidade organizativa e funcional para ser atendida; b) numa perspectiva

⁷¹ O que remete ao aspecto da hipermodernidade no Direito, destacada por Jacques Chevallier e abordada na página 33 deste trabalho.

⁷² Evidente que não denota das palavras do autor, catedrático de direito administrativo na Universidade de Málaga, na Espanha, o sentido de culto à lei, mas sim o de submissão à legalidade em sentido amplo, à normatividade ou juridicidade enquanto submissão ao Direito.

externa, ou âmbito relacional externo, a administração vincula-se aos cidadãos, enquanto os verdadeiros soberanos num Estado democrático. Se a relação interna é abarcada pela noção de legalidade, é na segunda que a “boa administração” enquanto norma jurídica evidencia seu aspecto mais relevante.⁷³ O autor conclui que tal princípio pode funcionar como o orientador desse campo relacional com os administrados.

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (2011), catedrático de direito administrativo na Universidade Complutense de Madrid, vincula o tema ao Estado social, com suas prestações e compromissos ativos (p. 44) e afirma que o direito à boa administração trata-se da positivação de aspectos firmados em jurisprudência dos tribunais e demonstra o adensamento de normas de matriz constitucional como um novo direito fundamental,⁷⁴ paulatinamente.

De forma contrária, Pierre Delvolvé (2008) observa que o “direito à boa administração” no contexto europeu não se traduz tecnicamente como um direito subjetivo, tendo em vista que não lhe seria reconhecida a possibilidade de contestação propriamente jurídica à falta de dispositivo próprio a cada tipo de objeto que a noção engloba.

Cumpramos agora verificar o aspecto de dever objetivo. Sob esse aspecto, examina-se o pensamento da pesquisadora francesa Rhita Bousta (2010), que foge da tendência de embutir na boa administração uma série de princípios de conteúdo autônomo e a apresenta sob um aspecto instrumental. Em sua obra, *Essais sur la notion de bonne administration en droit public*, ela procura isolar um conceito próprio da noção de boa administração, rechaçando sua aproximação com princípios jurídicos e com aspectos extrajurídicos, tais como a confiança legítima, governança e bom governo. Rhita Bousta critica a plurissignificação atribuída à

⁷³ Observa o autor: “la posición relacional de la Administración pública en el ámbito interno de la división de poderes está rotundamente tecnificada con el principio de legalidad y su concreción en el mecanismo de la atribución legal de potestades. Sin embargo, no sucede lo mismo en el plano externo de sus relaciones con los ciudadanos, donde, aún consagrados en él derechos público-subjetivos generales y concreciones específicas de la posición de los administrados ante la Administración, falta, no obstante, un gran principio que integre y presida una posición general garantizada de los ciudadanos ante la Administración y que complemente – desde la estricta y real situación de aquellos – la garantía abstracta y en exceso presunta que para ellos supone en mismo principio de legalidad administrativa. Pues bien, ese gran principio bien podría ser el de ‘buena administración’.” (SOUVIRÓN MORENILLA, 2011, p. 233).

⁷⁴ O autor observa que desde a segunda metade do século XX os textos constitucionais se referem a princípios regentes da Administração Pública, referindo-se à Constituição da Itália, já em 1947, que menciona o “bom andamento” e imparcialidade da Administração (artigo 97), à Constituição da Espanha, de 1978, que menciona os princípios de eficácia, coordenação e imparcialidade na atuação administrativa (artigo 103). Menções às quais se acrescenta o artigo 266 da Constituição portuguesa, que se refere aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (artigo 266). Tais Constituições influenciaram o texto adotado pela Constituição brasileira. Afirma o autor: “Creo que la evolución ha sido bien interesante. Desde ese primer mandato constitucional en 1947 del “buen andamento” de la Administración, en el ejemplo italiano, se ha llegado a incluir el derecho a una buena administración como un derecho fundamental.” (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2011, p. 51).

noção de boa administração, salientando que a heterogeneidade dos princípios e direitos associados dificultam o seu entendimento autônomo.

Segundo a autora, as tentativas de definições da boa administração são questionáveis por recaírem ainda numa pluralidade de elementos intrínsecos ao “núcleo duro” da boa administração. Em seu entendimento, a unidade conceitual da boa administração prende-se aos meios e não ao objetivo da administração, ainda que não sejam inteiramente descartados do raciocínio, tampouco se iguala à eficácia, enquanto alcance do resultado esperado. Seu pensamento é construído com base na conexão entre a noção de boa administração e os meios, isolando-os dos objetivos da Administração e de seus motivos, sendo que, para ela, os motivos revelam a qualificação dos atos exteriores, enquanto o objetivo é subsequente a este. A noção de boa administração se prende, em essência, aos meios e não ao fim da administração.

Quando ela a define como “*l’adaptation équilibrée des moyens de l’administration publique*” (em tradução livre: “adaptação equilibrada dos meios da administração pública”), abre um campo de argumentação centrado na atuação da Administração Pública, mas sem qualificá-la a partir de elementos normativos outros. Na sequência a autora explicita que “adaptação” reenvia à ideia de ação positiva, o que é mais apropriado do que falar-se em adequação, pois adequação remete à ideia de conveniência perfeita, equivalência. Um meio adequado dá conta de seu objeto de maneira exaustiva, enquanto *adaptação* traz uma carga de ação, um fazer estatal em direção aos meios adequados.⁷⁵ Do mesmo modo, se distingue da eficácia, enquanto alcance do resultado esperado. O “equilíbrio” remete à atuação ponderada e razoável.

Os “meios” compreendem as ações materiais e processuais da Administração a abarcar os meios financeiros, os meios humanos e os meios materiais (equipamentos, etc.). A autora interliga aos meios financeiros a ideia de eficiência, enquanto aplicação da boa administração, em vias de uma boa gestão financeira. Os meios humanos se referem à condução adequada dos recursos humanos.

No Brasil, pode-se citar o concurso público, como mecanismo de seleção dos melhores profissionais, em tese, como mecanismo de atendimento a esse aspecto de boa administração defendido pela autora francesa. No que tange aos aspectos financeiros e orçamentários, inegavelmente necessários e centrais para a atuação administrativa, poupa-se de maiores

⁷⁵ L’adaptation exprime davantage, à notre sens, l’action d’adapter des moyens, ou encore de tendre vers des moyens adéquats, c’est-à-dire parfaitement appropriés. (p. 139).

comentários, tendo em vista que se compreende que, a entrar em tal relevante seara, deixa-se de atender aos objetivos específicos deste estudo. De qualquer forma, é bom lembrar que os aspectos fiscais são essenciais para uma administração desenvolver meios aptos e adaptados aos seus objetivos, tanto que, no Brasil, a reforma administrativa terminou sendo posta em segundo plano em favor do controle dos aspectos fiscais, como já ressaltado.

Portanto, não sobra espaço no pensamento da autora para o aspecto subjetivo da boa administração. Ela sustenta que a noção se reveste da forma jurídica de **dever**, tendo em vista que se prende a situação jurídica objetiva. “*La notion de bonne administration correspond don au ‘devoir’ ou encore au ‘futur de comportement’*. Or, *cette optique objective semble laisser peu de place à un ‘droit’ à une bonne administration.*” (BOUSTA, 2010, p. 268. Grifo original).⁷⁶

Resulta desse enquadramento como dever, segundo o entendimento da autora, o fato de que as disposições imperativas não são estabelecidas com vistas à satisfação dos particulares, mas “com vistas a garantir certas exigências de ordem pública, compreendida no sentido mais amplo do termo”.⁷⁷ Desse modo, a Administração é obrigada a comportamentos de boa administração pelos deveres de moralidade interna e não pelos direitos dos administrados.

A consequência prática desse enquadramento é a possibilidade de se extrair um *standard* de comportamento da Administração a se expressar como o funcionamento normal do serviço, isto é, da atuação administrativa. A partir dessa construção, a obra em comento analisa os reflexos desse dever objetivo na apreciação de casos de responsabilização da Administração por *faute du service*, bem como na apreciação do princípio da legalidade, que se expande para abarcar essa noção oferecida de funcionamento normal.

Embora o pensamento da autora seja conduzido em sua obra com extrema técnica na exposição das ideias, entende-se que a noção por ela apresentada, se tem o mérito de isolar um conteúdo da boa administração, essencialmente neutro e instrumental, afasta-a de qualquer vinculação com as finalidades da Administração Pública a tal ponto que ela só pode ter aplicabilidade jurídica quando referida aos aspectos procedimentais *interna corporis* da Administração.

⁷⁶ Tradução livre: “A noção de boa administração corresponde ao dever ou, ainda, ao ‘comportamento futuro’. Ora, sob este ponto de vista objetivo, deixa-se pouco espaço para um ‘direito’ à boa administração.”

⁷⁷ No original : “*en vue de garantir certaines exigences de l’ordre public, entendu au sens le plus large du terme*” (BOUSTA, 2010, p. 267).

Tal construção não parece se adequar plenamente à realidade brasileira, a considerar os seguintes argumentos: a CRFB é marcadamente dirigente no que tange ao papel institucional dos órgãos administrativos, ainda que se critique doutrinariamente essa questão, é um dado da realidade do qual o aplicador dificilmente poderá escapar. Os fins do Estado, definidos constitucionalmente, impregnam todos os atos da Administração Pública e, como defendido neste trabalho, a adjetivação bom/boa deve ser lida no contexto de concreção da vontade constitucional, sua interligação com aspectos finalísticos parece inafastável, ao menos no que toca ao caso brasileiro.

É preciso fixar que mais relevante do que isolar um conteúdo unívoco e específico de boa administração, é perceber que se trata de uma categoria que pode agregar peso às normas da Constituição no que tange aos direitos fundamentais e à qualidade nos serviços públicos.

4.2.2 O reconhecimento como direito subjetivo e sua nota de fundamentalidade

Riccardo Guastini (2001, p. 215) observa que os direitos subjetivos são expressos como pretensões justificadas por uma norma ou um sistema normativo. Seu conteúdo é a possibilidade do titular exigir um comportamento em face de outro sujeito. A vertente positivista que extrema Direito e moral exige que esse sistema seja jurídico, enquanto os não positivistas (e, inclusive, alguns positivistas) aceitam a justificção moral. Observa que o reconhecimento de um direito subjetivo na concepção positivista pressupõe que uma pretensão para se constituir em autêntico direito necessitará: 1) ser justificada; 2) estar fundada num ordenamento jurídico positivo; 3) ser justiciável. O conjunto dessas características é de relevância extrema, porque interferem, a título de exemplo, na efetividade dos direitos fundamentais sociais, sobretudo a última.

A questão que se impõe é saber se o direito à boa administração se encaixa nessa tríade. Quanto à justificção, inexistente a necessidade de se buscar argumentos fora do ordenamento (embora argumentos éticos imponham deveres éticos aos agentes do Estado). A justificção decorre, como apontado, das próprias finalidades do constitucionalismo democrático e social, dos princípios republicanos que apontam para o bem comum como tarefa e finalidade dos órgãos constituídos; ao somar com as normatizações explícitas do artigo 37 da CRFB, por exemplo, tem-se robusta justificção. Portanto, a referência a um ordenamento positivo também se faz presente, embora no caso nacional inexistente um texto

expresso no sentido de que “é assegurado aos cidadãos (ou administrados, ou particulares, para se incluírem as pessoas jurídicas) o direito à boa administração”.

O critério da justiciabilidade,⁷⁸ segundo Riccardo Guastini (p. 220/221), pressupõe que: o direito em questão tenha um conteúdo preciso; que possa ser exercitado ou reivindicado frente a um sujeito determinado. Aqui reside o aspecto mais controverso em relação à boa administração.

Pierre Delvolvé (2008, p. 11), demonstra a inquietação com a forma sob a qual se dará a aplicabilidade do direito à boa administração. Ele observa que ao ser recomendado aos Estados-membros da União Europeia “a promoção do direito à boa administração no interesse de todos”, evita-se reconhecer um direito individual, destacando-se o aspecto coletivo de tal direito e completa: “*On voit mal comment un administré pourrait invoquer un droit personnel à une bonne administration pour contester une mesure, revendiquer une prestation ou exiger une action*” (“Não se sabe como um administrado poderia invocar um direito pessoal à boa administração para contestar uma medida, reivindicar uma prestação ou exigir uma ação”, em tradução livre). Para ser operacionalizado, ele necessita da adoção de medidas que o implemente de forma precisa. Tais medidas se dão através de normas que adensem o princípio de boa administração. Ou seja, o direito à boa administração pressupõe “o direito da boa administração”, isto é, o seu regramento.

Não se faz, aqui, uma apologia apaixonada ao reconhecimento do direito proposto, reconhecendo-se dificuldades operacionais em torno de sua aplicabilidade, no entanto, crê-se não seja motivo impeditivo para o reconhecimento de sua existência.

Observa Jaime Rodríguez-Arana (2011b, p. 90) que a ideia de direito à boa administração se constrói a partir da noção de direito administrativo constitucional, como consequência da projeção do Estado social e democrático de Direito nas relações de poder. O desempenho da atividade administrativa a se desenvolver em tal ambiente liga-se de forma inarredável à instrumentalização do bem-comum. O autor sustenta sua argumentação, para o caso da Espanha, na vinculação da Administração ao “*interese general*”, promovida pelo artigo 103.1, da Constituição espanhola.⁷⁹ Esse mesmo quadro de sujeição da Administração

⁷⁸ Segundo a presença da justiciabilidade, os direitos poderiam, diz ele, serem classificados em direitos “verdadeiros” ou em direitos “sobre o papel” (GUASTINI, 2001, p. 221).

⁷⁹ Artigo 103,1 “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.*” O uso do verbo “servir” é apontado como o reconhecimento constitucional do caráter instrumental da Administração.

aos ditames constitucionais existe no Brasil, portanto, não se crê seja exagerado o seu reconhecimento.

O ponto central do seu discurso de reconhecimento do caráter subjetivo da boa administração está na centralidade do cidadão e no dever imposto à Administração para que assuma “*su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía*” (RODRÍGUEZ-ARANA, 2011b, p. 86), para fazer cumprir os ideais democráticos e sociais constitucionalmente previstos.

Ponto que também merece análise diz respeito à jusfundamentalidade do direito à boa administração. Para isso, é preciso responder à questão do que consiste a nota de fundamentalidade. Riccardo Guastini registra que a fundamentalidade pode decorrer de sua justificação em normas materialmente constitucionais. Nesse sentido, são materialmente constitucionais as normas que “*disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y de otro, por ello mismo, versan sobre la organización de los poderes públicos.*” (GUASTINI, 2001, p. 222). Por conseguinte, os direitos deduzíveis destas normas são fundamentais. Somam-se a esses direitos positivados, aqueles que gozam de jusfundamentalidade numa norma moral. “*Son materialmente constitucionales aquellos derechos que no han sido establecidos en un documento constitucional, pero que se refieren a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y que, por ese mismo motivo, inciden sobre la organización de los poderes públicos.*” (GUASTINI, 2001, 222).

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 74 e ss.) se refere à apresentação da fundamentalidade em formal e material. Enquanto a primeira prende-se ao reconhecimento positivo pelo texto constitucional, gozando de centralidade no ordenamento e pondo-se a salvo de modificações no texto (cláusulas pétreas), a segunda se refere à natureza de tais direitos, que se vinculam à materialidade da Constituição, por significarem decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade. Nesse passo, o sistema de direitos fundamentais reconhecido pela CRFB permite essa integração entre direitos formais e materiais com a abertura do catálogo promovida pelo artigo 5º, parágrafo 2º, que reforça o sistema com a possibilidade de reconhecimento de outros direitos fundamentais decorrentes do ordenamento jurídico e da interação com a ordem internacional.

As críticas ao alargamento dos direitos fundamentais mesclam-se com conceitos apriorísticos e ideológicos (CANOTILHO, 2005). “A ordem constitucional dos direitos é uma ordem aberta e, por isso, o dever de estar aberto ao tempo, leva-a a incluir os ‘direitos historicamente necessários’ no catálogo da fundamentalidade” (CANOTILHO, 2005). Exemplifica o constitucionalista português com os direitos à identidade genética, à proteção

perante a informática, enquanto consumidor, ao ambiente. Pode-se, portanto, acrescentar com uma margem de tranquilidade a esses novos direitos o direito à boa administração.

Ora, a natureza do direito à boa administração reside nesse campo relacional entre Estado e cidadãos, ao mesmo tempo em que se refere à Administração Pública enquanto estrutura de poder político. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao passo que insere entre os princípios gerais do direito administrativo o princípio da boa administração, observa que ele se traduz num direito de cidadania:

A **boa administração**, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um **dever constitucional** de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a **boa administração** corresponde a um **direito cívico** do administrado – implícito na **cidadania**. (Moreira Neto, 2009, p. 119, grifos no original).

O direito à boa administração pode ser considerado como um direito fundamental difuso, a exemplo dos que compõem os chamados direitos de “terceira dimensão”. Os princípios que o informam dão a estrutura de um direito fundamental, a determinar um modo de ação do poder público que não se confunde com as abstenções e prestações referentes às liberdades negativas e aos direitos econômicos e sociais. Sua eficácia reside na exigência de um modo de ação particular do poder público, a se manifestar como exigências de organização e de ação voltada à concretização dos direitos fundamentais.

A resistência ao reconhecimento da jusfundamentalidade da boa administração remete à concepção clássica de que direitos fundamentais serão sempre de natureza individual, marcados com um grau de certeza inexorável, o que não corresponde à realidade, diga-se. Basta fazer referência à chamada terceira geração ou dimensão dos direitos fundamentais, que traz por característica a titularidade difusa ou coletiva. Nesse sentido, pode-se afirmar que o reconhecimento do direito à boa administração se adéqua à estrutura dos direitos difusos, embora não se lhe possa enquadrá-lo totalmente nessa dimensão, como o direito fundamental ao meio ambiente em sua interligação com os demais direitos, vocacionado a proporcionar crescente vinculação do Estado aos objetivos constitucionalmente traçados. Esse argumento encontra respaldo quando se faz a comparação com o direito ao (meio) ambiente equilibrado. Nesse sentido, pode-se citar a seguinte decisão do STF:

A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - O direito à integridade do meio ambiente – típico direito

de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade." (MS 22164, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155).⁸⁰

A boa administração pode ser lida, portanto, como um duplo comando direcionado ao Estado: 1) necessariamente respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos em suas relações com suas estruturas administrativas, ganhando relevo os aspectos processuais, bem como a transparência, a confiança legítima, a boa-fé; 2) paralelamente, o dever de prestar serviços públicos eficazes, com a otimização dos meios postos a sua disposição, para que sejam produzidos resultados de qualidade, de maneira eficaz e eficiente, na implantação das políticas públicas definidas democraticamente.

A polissemia em torno da juridicidade da boa administração não deve afastar sua utilização no âmbito da proteção e do fomento dos direitos fundamentais; no plano interno, sua nota de fundamentalidade não deve ser o tópico essencial do debate, mas sim ressaltar sua relevância frente à normatividade da Constituição.

Com base em tudo que foi exposto, pode-se concluir que o caráter jurídico da boa administração se expressa por diferentes formas normativas. A utilizar-se do pensamento do professor Souvirón Morenilla (2011), para quem a boa administração se refere ao aspecto relacional interno, em que o autor aproxima a noção de boa administração ao princípio da legalidade, nota-se que a normatividade da boa administração é mais bem compreendida sob a

⁸⁰ Esse julgado é interessante também pelo aspecto da boa administração. Tratava-se de mandado de segurança impetrado por proprietário de imóvel no Pantanal contra decreto presidencial que o desapropriara para fins de reforma agrária. Embora tenha considerado a possibilidade de desapropriação do imóvel, ainda que localizado em área de interesse ambiental, o STF acolheu o argumento do impetrante tendo em vista que a notificação prévia da vistoria do INCRA não ocorrera, em desacordo com o artigo 2º, da Lei 8.629/93. A argumentação refere-se ao devido processo legal como requisito necessário à relação entre Estado e cidadãos: “Não se pode perder de perspectiva, por mais relevantes que sejam os fundamentos da ação expropriatória do Estado, que este não pode – e também não deve – desrespeitar a cláusula do *due process of law* que condiciona qualquer atividade do Estado tendente a afear a propriedade privada.”

natureza de **princípio**, ou mais claramente, conjunto de princípios. Nesse sentido, para ser qualificada como boa, a administração deve atender a outros comandos além da legalidade *stricto sensu*, tais como moralidade, proporcionalidade e eficiência. No aspecto relacional externo, verifica-se que o enquadramento normativo melhor se adéqua ao **reconhecimento do direito à boa administração, como um locus de proteção do cidadão diante das relações com o Estado. A primeira colocação remete à realização do interesse geral, mas não apriorístico; a segunda, à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.**

De todo modo, a possibilidade de análise enquanto **conjunto de deveres** impostos ao Estado-Administração, objetivamente, permanece possível. Porém, o quadro evidenciado ao longo desta pesquisa aponta para a crescente relevância na relação estabelecida entre Administração e as pessoas administradas. Propor uma subjetivação dos deveres se mostra possível no contexto da cidadania administrativa. Esse enfoque há de significar que o reconhecimento do direito fundamental à boa administração nada mais é do que o contraponto da constatação da relevância da função administrativa na concretização dos direitos fundamentais. Esse quadro lança vista ao permanente aperfeiçoamento das políticas públicas e da própria Administração para a consecução de suas finalidades constitucionalmente previstas.

Juli Ponce Solé (2012) adverte que o teor normativo dependerá de cada ordenamento jurídico concreto e observa essa mesma pluralidade de princípio, dever jurídico de assento constitucional e direito subjetivo. Sobre o risco da inflação dos direitos fundamentais, observa com acuidade Vanice Lírio do Valle que a jusfundamentalidade do direito à boa administração não se refere a um novo direito propriamente, mas ao aspecto procedimental para a realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido:

[O] que se tem, na afirmação da boa administração como direito fundamental, é uma ampliação da esfera de proteção desses mesmos direitos, que passa a alcançar não mais só os resultados concretos do agir estatal – a prestação “x” ou “y” deferida a um cidadão –, mas também, preventivamente, ao desenvolvimento da função administrativa como um todo, e desde o início. (Valle, 2011, p. 81).

Assim, no tocante à justiciabilidade, há de se mencionar que o componente de dever permite a deflagração de responsabilidades políticas. Pode-se afirmar que, do ponto de vista da análise hermenêutica, o direito à boa administração repercute na atuação do Poder Judiciário de duas maneiras: a) num sentido pró-ativo, impor à Administração Pública a deflagração das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais,

inclusive caminhando-se para a responsabilização dos agentes públicos, quando do descumprimento; b) num sentido de autocontenção, não deve o Judiciário se arvorar em administrador, pois as decisões devem ser tomadas num processo democrático. Ressalte-se que a conjugação de ambas as propostas não se identifica à postura da separação radical dos poderes, mas sim de uma esfera de reconhecimento das capacidades institucionais, que devem dialogar.

O que se destaca desse pensamento para o nível nacional é que o direito à boa administração pode ser utilizado como instrumento de reivindicação de serviços públicos de qualidade, bem como o desenvolvimento de ações coordenadas da Administração Pública para implantação e aperfeiçoamento dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, tendo em vista sua maior carga programática, no sentido já fixado da necessidade do agir estatal.

Ainda no tópico da justiciabilidade, é oportuno fazer uma aproximação entre o direito à boa administração e a ação popular, instituto processual já bem assentado no ordenamento jurídico brasileiro (CRFB, artigo 5º, LXXIII; Lei 4.717/65) e que se volta à proteção de direitos difusos da comunidade, sobretudo em face da atuação do Estado-Administração. Por seu intermédio, o cidadão (portador de título de eleitor) pode questionar em juízo ato atentatório ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O direito de acesso à informação também se encontra conexo ao instituto, já que o cidadão pode requerer à Administração certidões e documentos necessários à propositura da ação popular.

Sem discorrer especificamente sobre a ação popular, destaca-se que o instituto pode ganhar relevo num contexto de fomento à defesa do direito à boa administração em caráter macro, enquanto proteção do interesse geral e responsabilização dos administradores perante a sociedade, tendo em seu favor o fato de ser instrumento processual já incorporado à realidade nacional. De todo modo, instituições essenciais à justiça, como o Ministério Público e as Defensorias Públicas também ganham relevo nesse contexto de proteção do direito à boa administração, assim como o papel fiscalizador confiado aos Tribunais de Contas, órgãos que ganham cada vez mais relevância nesse contexto de redefinições dos poderes, como já referido.

A utilização da ação popular como mecanismo de tutela autônoma do direito à boa administração tem a seu favor o aspecto democrático, com a possibilidade de acesso direto do cidadão ao Judiciário, adequando-se ao contexto desejável de maior participação democrática nas decisões administrativas e em seu respectivo controle. Trata-se, portanto, de instituto que

merece maiores atenções da doutrina sob esse viés de interligação com o direito à boa administração em sua perspectiva difusa.

O objetivo central deste Capítulo foi estabelecer a boa administração num sentido normativo, pela linguagem própria do Direito. O que se destaca, à guisa de fechamento, é a compreensão de que existe espaço para o reconhecimento do direito à boa administração no ordenamento jurídico brasileiro, bem como espaço para aplicação do discurso sobre a boa administração na conformação do agir estatal à implantação dos direitos fundamentais em níveis mais elevados de efetividade.

O tema se coloca como vetor de legitimação dessa atuação estatal e se conecta à “reivindicação crescente do papel do direito na gestão pública” (PONCE SOLÉ, 2012) configurando-se em norma jurídica de amplo espectro de aplicação nas relações cada vez mais intensas entre Administração Pública e cidadãos, sem se esquecer da pluralidade das relações jurídicas que se estabelecem cada vez mais entre as pessoas jurídicas e a Administração.

5 A CONFIGURAÇÃO NORMATIVA DA BOA ADMINISTRAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Encontra-se na CRFB um quadro normativo de largo espectro no que tange ao âmbito de atuação do Estado-Administração, a ensejar a constitucionalização do direito administrativo,⁸¹ fenômeno que ressignifica muitos dos seus institutos jurídicos, mas que também comporta algum nível de crítica, como visto. Um conjunto de princípios expressos e implícitos aliados a regras dão ensejo à existência de um estatuto constitucional da Administração Pública, a abranger todos os entes da Federação. O fenômeno é remetido à finalidade do próprio constitucionalismo de disciplinar o exercício do poder político⁸² pelos órgãos constituídos, de modo a atender aos fins do Estado Democrático de Direito, e social, pode-se acrescentar.

Essa “Constituição administrativa” encontra-se no artigo 37, da CRFB, ao submeter a administração pública, em sua totalidade, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, pela Emenda 19/93, da eficiência; bem como no artigo 70, que se refere aos princípios de legitimidade e economicidade. Ao lado desse conjunto normativo, os princípios e objetivos fundamentais da República, artigos 1º e 3º da CRFB, integram a Constituição administrativa, como vetores interpretativos. A centralidade da dignidade da pessoa humana, a cidadania, os objetivos republicanos postos como projetos normativos da República, levam a albergar no contexto da normatização constitucional da administração pública os direitos fundamentais, que devem ser promovidos, garantidos e protegidos; somam-se, ainda, os inúmeros serviços públicos previstos constitucionalmente.

Com base no que já foi exposto nos Capítulos precedentes, em decorrência dessa forte matriz constitucional de normas aplicáveis à administração pública, pode-se afirmar que a

⁸¹ São expressivas estas palavras de Jaime Rodriguez-Arana (2008, p. 245), cujos termos se aplicam totalmente ao direito administrativo brasileiro: “*En el derecho administrativo español con frecuencia, con alguna frecuencia, algunos autores hablamos del derecho administrativo constitucional porque, efectivamente, el derecho administrativo como ordenamiento jurídico que regula la mejor gestión de los servicios públicos se mueve en el marco constitucional, en el que se encuentran los principios, los criterios y las directrices que deben presidir la actuación de la administración pública.*”

⁸² Odete Medaur (2003) observa que, superado o entendimento de que à Administração caberia somente a aplicação da lei, reconhece-se que parcela de poder político se coloca sob a guarda da Administração. Sendo assim, há de se observar, tal parcela de poder deve ser posta em ação nos moldes constitucionais. Aliás, a observação de Celso Antonio Bandeira de Mello (2007) de que função se traduz como poder condicionado ao atendimento de fins traçados pelo Direito também traz essa mesma concepção.

CRFB também prevê um direito fundamental à boa administração, como salienta Ingo Wolfgang Sarlet:

Diria que a Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consagrou um direito fundamental à boa administração. Todos nós sabemos onde esse direito está, principalmente (não exclusivamente), ancorado: no artigo 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no artigo 37, onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública. Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. **A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração. Então, diria que a nossa Constituição, na verdade, já antes da Carta da União Europeia, pelo menos no âmbito formal, talvez tenha ido até mesmo além da própria União Europeia.** (SARLET, sem data. Grifou-se).

Desse modo, o poder do Estado-Administração não é só contido juridicamente, mas compreendido como função que se legitima quando todos os seus esforços são reencaminhados aos interesses da sociedade e ao sistema de tutela e promoção dos direitos fundamentais; razão pela qual não se pode desconsiderar o vetor da finalidade na configuração jurídica da boa administração.

5.1 CONTEÚDO JURÍDICO DA BOA ADMINISTRAÇÃO NA CRFB

Encontra-se em Juarez Freitas (2009; 2012), um dos autores que primeiro tratou especificamente do tema no Brasil, a apresentação de um conceito descritivo do direito à boa administração pública, no qual relaciona o que entende ser seu conteúdo normativo:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. (FREITAS, 2009, p. 22)

Em trabalho mais recente (FREITAS, 2012, p. 312), o mesmo autor reafirma que o direito à boa administração compreende um plexo de direitos, que, dentre outros, compreende os seguintes:

- a) direito à administração pública **transparente**, que deve respeitar o princípio da publicidade;
- b) direito à administração pública **dialógica**, com o respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa do administrado, por força da Constituição (artigo 5º, inciso LV);
- c) direito à administração pública **imparcial**, com respeito à igualdade;
- d) direito à administração pública **proba**, pelo qual seus agentes devem agir eticamente no exercício de suas funções;⁸³
- e) direito à administração pública **eficiente e eficaz**, atenta aos custos econômicos e sociais dos seus atos.

Cada um desses direitos decorrentes da boa administração possui desdobramentos inúmeros e analisar cada um deles demandaria um tratado. Assim, por exemplo, a publicidade envolve o dever de divulgação dos atos de forma inteligível pelos administrados, de onde se questiona, por exemplo, se meras publicações em diários oficiais atendem ao princípio da publicidade de forma plena, ou se em questões como execução orçamentária, o dever de informar deva se dar de maneira clara e posta ao alcance da população em geral.

A Lei 9.784/99, sobre processo administrativo, sujeita a Administração pública Federal a um conjunto de princípios e regras que se encontram no âmbito constitucional ou dele decorrem. O artigo 2º refere-se aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência a incidirem quando do exercício da função administrativa, inclusive quando no âmbito do Judiciário e do Legislativo.⁸⁴ A lei traz, ainda, o

⁸³ O tema da boa administração tangencia a questão da improbidade administrativa, mas é fato que demanda estudos específicos que não podem ser abarcados neste trabalho. O tema da boa administração, contudo, se coloca em ambiente diverso do que toca à atuação corrupta, ímproba, pois se volta à pretensão de correção dos atos decorrentes da atividade administrativa.

⁸⁴ Mais uma vez, o movimento de regulamentação em nível federal vai influenciar no tratamento dado nos níveis estadual e municipal, com a edição de leis inspiradas no teor da Lei 9.784/99. Por exemplo, a Lei Estadual do Rio de Janeiro n. 5.427/09, no artigo 2º, também traz um quadro amplo de princípios que devem guiar a Administração Estadual no processo administrativo: “O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica,

reconhecimento de direitos e deveres dos administrados (artigo 3º), que se adéquam àqueles expostos no artigo 41 da Carta de Nice, tais como: o tratamento respeitoso pelos agentes públicos, com a facilitação do exercício de seus direitos e do cumprimento de suas obrigações; ciência dos processos em que seja interessado, com o acesso aos autos; bem como ter possibilidade de influenciar na decisão, com apresentação de seus argumentos e da documentação correspondente.

Por essas definições nem um pouco modestas em seus propósitos, depreende-se que o direito à boa administração é concretizado quando a administração pública se desenvolve sob o manto da juridicidade, entendida enquanto submissão plena ao Direito. Críticas podem ser lançadas no sentido de uma subjetivação ampla. Nesse ponto, como já abordado no presente trabalho, sustenta-se o posicionamento de que o direito à boa administração comporta um caráter difuso, embora sua violação possa fundamentar questões individuais, sobretudo quando referentes a questões processuais, que, em regra, abarcam como interessados um administrado ou um conjunto restrito de interessados. O aspecto difuso se torna mais presente quando se refere ao desenvolvimento de políticas públicas voltadas à implantação de direitos fundamentais (qualidade nos serviços de educação, ou de saúde), situação em que o número de interessados abrange a universalidade dos cidadãos ou um conjunto de difícil delimitação (por exemplo, ações públicas em torno da profissionalização de jovens, ou destinadas a idosos).

Desse modo, não se trata de uma subjetivação infundada ou de fundamentalização excessiva, mas de compreender que os deveres impostos ao exercício da administração pública acarretam um quadro normativo de onde se deduz o direito de cidadania correspondente. A concretização desse direito requer o comprometimento da própria Administração Pública, no sentido do desempenho correto de seus atos.

O termo “direito à boa administração” ainda não aparece com frequência na jurisprudência dos tribunais superiores, embora o reconhecimento dos seus múltiplos aspectos sejam bem conhecidos isoladamente. No entanto, no STJ se destaca o REsp. 1139486/DF, no qual o Ministro Humberto Martins refere-se expressamente ao direito à boa administração. Trata-se de caso em que cidadão adquiriu automóvel sobre o qual não constava nenhum gravame ou observação junto ao DETRAN do Distrito Federal. Após, com a integração da autarquia no Sistema Nacional de Gravame, houve a importação de dados relativos a

impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.”

restrições pretéritas do veículo. A decisão, pautada na confiança legítima e na violação da boa-fé, vinculou a atuação administrativa ao desrespeito ao direito à boa administração, note-se que nesse caso o aspecto individual foi acentuado:

(...) 2. A situação descrita no acórdão recorrido malfero o princípio segundo o qual se deve proteger terceiros de boa-fé. **Abala também a confiança que deve existir entre os administrados e o Poder Público, em última análise, viola o direito fundamental à boa administração pública.**

3. Não é concebível que um cidadão que adquire um automóvel e se cerca de todas as providências cabíveis para conhecer da existência de possíveis gravames sobre o bem, que obtém uma certidão oficial de um órgão público no qual é atestado a inexistência de ônus, venha, posteriormente, a ser surpreendido com a importação de restrições pretéritas. **Quando agiu desta forma, a administração pública violou uma das dimensões do princípio da confiança - quebrar as expectativas legítimas depositadas nos atos administrativos.**

4. Com efeito, a anotação de restrições pretéritas à transferência, uma vez que não constavam no certificado de registro do veículo automotor quando adquirido por terceiro de boa-fé é ato ilegal, imputável à autoridade administrativa, que merece ser extirpado.

Aplicação, no caso, da *ratio essendi* da Súmula 92/STJ, segundo a qual, "A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor." Recurso especial provido. (REsp 1139486/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 07/12/2009).

Em algumas decisões sobre os limites de aplicação da perda da função pública decorrente de ato de improbidade administrativa, o termo “boa administração” aparece de forma *en passant*, referido como princípio ou dever.⁸⁵ Há, ainda, menção à boa administração carcerária,⁸⁶ que não deixa de se enquadrar na Administração como um todo e se vincular a direitos fundamentais, no caso, do preso.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, decisão recente menciona na ementa o tema como “direito da sociedade à boa administração”, o que faz ressaltar o aspecto difuso. Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público visando a condenação dos réus (ex-presidentes de Câmara de Vereadores) para ressarcimento ao erário por compra de combustível por preço superior à média praticada no Estado e consumo excessivo, prescrita a pretensão de improbidade. Na sentença, os pedidos foram julgados improcedentes sob o argumento de que a “utilização excessiva dos veículos é questão de mérito administrativo que

⁸⁵ AgRg no REsp 949.931/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 10/02/2010; REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010; REsp 269.683/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 03/11/2004, p. 168.

⁸⁶ REsp 962.934/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011;

deverá ser auferido pela Câmara Municipal, não cabendo ao Judiciário apreciar tal questão sob pena de violar a autonomia dos Poderes” e pela falta de provas em relação aos preços praticados. Na apelação, o Tribunal do Rio de Janeiro reformou a sentença para condenar os réus ao ressarcimento: “A utilização dos recursos públicos pelos agentes públicos deve atender ao princípio da moralidade estrita, sob pena de violação dos princípios constitucionais da Boa Administração” (APELAÇÃO CÍVEL 0000171-77.2009.8.19.0020, Rel. Des. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA, 9ª Turma, julgado em 29/01/213).

O paradigma contemporâneo do direito administrativo pugna por uma administração comprometida com as metas da Constituição, “Metas que não se confundem com o simplista e assimétrico crescimento econômico, mas supõem políticas racionalmente propiciatórias de bem-estar físico e psíquico para a população” (FREITAS, 2010, 14). É nesse ponto que a função administrativa se conecta aos direitos fundamentais, como instrumento de concretização no plano fático dos valores e princípios acolhidos constitucionalmente. Quase sempre, ao se falar em concretização, refere-se ao papel do legislador, mas não há de esquecer que o Executivo, pela estrutura da administração pública é essencial na operacionalização dos serviços mediante os quais é possível o acesso da população a bens da vida.

A partir desse contexto, pode-se afirmar que os resultados ganham relevo para o atendimento ao direito difuso de cidadania à boa administração.

5.2 DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PARA ALÉM DA EFICIÊNCIA

Desse complexo quadro evidenciado conclui-se que pensar sobre a boa administração pública é assunto que não se esgota na análise da eficiência administrativa, embora seja esta um componente especial para a qualificação do agir administrativo como bom, adequado, conforme ao Direito. Assim, torna-se necessário analisar mais detidamente a vertente da eficiência na boa administração, para, na sequência, frisar no que ela avança sobre a eficiência.

O princípio da eficiência, que ingressou no texto da CRB dez anos após sua promulgação, com a Emenda Constitucional nº 19/98, até os dias atuais se coloca como um dos pontos em que a Administração Pública, para lhe dar cumprimento, deve melhorar continuamente, tendo em vista o caráter de aperfeiçoamento ínsito na própria ideia de eficiência, mesmo se considerando o mero campo de significado semântico da palavra.

Os princípios jurídicos são tidos atualmente por normas jurídicas que trazem consigo mandados de otimização, razão pela qual seu cumprimento se dá na medida em que o Estado implementa em sua atuação os comportamentos adequados para alcançar os fins previstos em seus conteúdos normativos principiológicos.

É de se notar que a inclusão expressa de um princípio num enunciado normativo não é requisito essencial para sua aplicação, pois um princípio pode decorrer implicitamente do sistema jurídico, ainda que não positivado no texto legal. Contudo, sobre esse ponto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006b, p. 269) chama a atenção para o fato da positivação ter algum desdobramento considerável:

Distintamente dos **preceitos**, pouco importa se venham ou não, os **princípios, expressos explicitamente** na ordem jurídica positiva, bastando que nela sejam expressos implicitamente. Não obstante a desnecessidade, em teoria, de conferir-se **positivação** a um princípio, é inegável que o fazê-lo sempre será benéfico e desejável, sobretudo por que tal prática produz um efeito irradiante, de **abertura sistêmica**, com elevadíssimo cunho didático-pedagógico, ao emprestar relevo e nitidez aos **valores** e aos **fins** que porta. (grifos originais).

Desse modo, não se partilha do entendimento de que a inclusão da eficiência no rol do artigo 37 não inovou no regramento jurídico da Administração Pública, pois se o comportamento eficiente está incorporado à própria ideia de administrar, juridicamente, a inclusão significa uma valoração do legislador constitucional no sentido de maior relevância com o tema, de modo que o dever de atendimento a tal desiderato se torna normativamente mais denso. Observa Odete Medauar que o mandato normativo da eficiência se expressa como “ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso” (MEDAUAR, 2003, p. 242). Salienta-se que é fato notório que os serviços públicos essenciais, os direitos sociais e a probidade administrativa ainda se encontram deficitários no cenário brasileiro, fazendo com que a eficiência seja um ideal a ser constantemente buscado por todo operador do Direito e por todos envolvidos de alguma forma com a gestão da coisa pública.

A eficiência passa a ser, não só um ideal, mas uma componente da legitimidade dos atos da Administração Pública. Fábio Konder Comparato escreve: “em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados”. Mais a frente, completa: “a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente.” (COMPARATO, 1997, p. 350-351). Assim, compreende-se que a exigência de atendimento à eficiência transborda dos

atos individualmente considerados, para alcançar toda a programação dos atos, sobretudo as políticas públicas.

No contexto da eficiência, portanto, legítima será a atuação não somente amparada pela legalidade formal, mas aquela pautada na legalidade que se abre à análise dos resultados alcançados no plano do ser, abrindo campo para a reinterpretação da atuação da Administração Pública bem como de uma nova compreensão de legalidade, de cunho acentuadamente finalístico e material (ARAGÃO, 2009).

Para atendimento ao princípio, contudo, não basta que certa conduta da Administração Pública seja eficiente, é preciso rigor no atendimento das demais normas jurídicas (regras e princípios), devendo igual obediência à legalidade, à impessoalidade, à moralidade e à publicidade e ao menor impacto possível sobre os direitos fundamentais dos administrados. Exemplifica-se: contratar diretamente com uma dada empresa talvez seja mais eficiente do ponto de vista econômico, mas as regras da licitação devem ser respeitadas; nomear um cônjuge para cargo em comissão em desacordo com a Súmula Vinculante n. 13, do STF, ainda que se trate de profissional altamente capacitado para o cargo, não é um ato moral nem legal.

Por outro lado, a divisão de funções estabelecidas pela Constituição pressupõe uma margem de liberdade de escolha entre os meios a serem empregados para atingir os fins constitucionais, sem que tal escolha tenha de se dar obrigatoriamente sempre pautada no meio mais eficiente possível, de um ponto de vista econômico-financeiro ou exclusivamente técnico. Há outros interesses – também constitucionais – que devem ser analisados, tais como a própria ideia de separação de Poderes, a urgência, a segurança jurídica, que devem ser considerados em caso de controle, judicial ou não.

É nesse sentido que se pode também sustentar a exigência de um conteúdo democrático para o princípio da eficiência. Eficiente será a medida adotada pela Administração Pública que acarrete um incremento na participação democrática, não exclusivamente do ponto de vista formal (melhor acesso ao exercício do direito de voto, por exemplo), mas sobretudo num contexto substancial, de enfrentamento e diminuição das desigualdades sociais, como mecanismo de capacitação para a efetiva participação democrática e de estímulo à cidadania. Por esse viés, são estimulantes as palavras de Friedrich Müller (2000, p. 44):

O Estado é demandado, não em último lugar, para uma política educacional e científica que não se sujeite servilmente às assim chamadas coações inerentes ao próprio objeto [Sachzwänge] “da eficiência” na luta mundial pela concorrência.

(...) necessitamos urgentemente de políticas públicas que sejam mais e outra coisa do que serviçais na realização de interesses de capitais privados.

Eficiência é termo ligado às ciências da economia e da administração e se relaciona ao uso adequado dos recursos, quase sempre escassos, numa relação entre produto e insumos (produtividade). No item 3.2.1 registrou-se que a eficiência provém de um contexto de modificações na forma de gestão administrativa, adentrando no campo jurídico pela via de reformas comprometidas com o contexto de apologia a um Estado mínimo e sob influência de organismos internacionais. Na releitura promovida pelo campo jurídico a eficiência se vincula ao dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, encontrando campo fértil de aplicação.⁸⁷

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006b), juridicamente, o conceito de eficiência visa a superar o de poder-dever de administrar e o conceito clássico de eficácia, enquanto a capacidade dos atos serem aptos aos resultados esperados pela lei, típico da administração burocrática, para se alcançar “o **melhor atendimento possível das finalidades previstas em lei**” (Idem, p. 310, grifo original), no contexto de uma administração pública gerencial. Essa abordagem de busca de resultados satisfatórios para além da adequação legal conduz à necessidade do estabelecimento de parâmetros de eficiência, pela lei ou pelos instrumentos do agir da Administração Pública (ato administrativo, contrato administrativo, ato administrativo complexo), afastando-se, assim, a subjetividade do conceito de eficiência. Com isso, dá-se um conteúdo exposto ao princípio, apto a fundamentar um controle *a posteriori*, inclusive jurídico (MOREIRA NETO, 2006b).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, 27-28), o princípio da eficiência se relaciona aos serviços públicos e, sua inclusão teve por objetivo “conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores.” O núcleo desse princípio é “a procura de produtividade e economicidade” e, nomeadamente, “a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

⁸⁷ Jacqueline Sophie Periotto Guhur Frascati em artigo de 2008 vincula o princípio da eficiência aos direitos sociais prestacionais que contam com a concretização pelo legislador, em especial os direitos de saúde e de educação, ocasião em que afirma a incidência do princípio da eficiência na eficácia dos direitos sociais, a desempenhar três funções: “(a) impor à Administração um dever de adequação dos meios utilizados aos fins perseguidos pela norma; ao (b) habilitar a Administração para um atuação criativa na escolha desses meios, reafirmando a sua confiança depositada no administrador, o significado da concessão do poder discricionário; bem como ao servir (c) de critério de controle jurisdicional da atuação administrativa discricionária.” (FRASCATI, 2008, p. 238).

Há de se observar somente que o princípio da eficiência não deve ter seu alcance limitado ao aspecto econômico-financeiro; seria negar o potencial que ele apresenta como mecanismo de controle democrático dos atos da Administração Pública, permitindo-se ser abarcado pelo conceito mais amplo de dever de boa administração pública.

Vistos alguns posicionamentos (que certamente podem ser alargados ao máximo, com a citação de inúmeros estudiosos do direito administrativo) sobre o núcleo do princípio da eficiência, cumpre apontar os deveres que surgem para a Administração Pública. Sob a égide da eficiência e do dever de boa administração o agir da Administração deve se dar em caráter de otimização, sem expressar o dever da melhor escolha, sob o risco de fazer do ideal da eficiência uma cláusula de bloqueio da atuação estatal. Humberto Ávila (2005b) esclarece essa dualidade com a concisão necessária e com o realce da promoção satisfatória dos objetivos públicos:

Mas se a administração não tem o dever de escolher o “mais intenso”, o “melhor” e o “mais seguro” meio para atingir o fim, pergunta-se: pode a administração escolher o meio “menos intenso”, “pioor” e “menos seguro” para atingir um fim? Certamente, não. Pois é precisamente aqui que entra em cena o dever de eficiência administrativa.

A eficiência, tal como se a entende neste trabalho, é implicação da própria atribuição de fins à administração pública. Com efeito, a administração, de acordo com o ordenamento jurídico, deve promover a realização de vários fins. Quando a administração emprega um meio que, embora adequado à realização de um fim, não serve para atingi-lo minimamente em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, o fim não é promovido satisfatoriamente. A instituição de fins a serem promovidos pela administração impede que ela escolha meios que não os promova de modo satisfatório. Essa exigência mínima de promoção dos fins atribuídos à administração é o próprio dever de eficiência administrativa.

Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim. (ÁVILA, 2005b, p. 23/24)

Ao vincular a exigência de meios adequados à finalidade, o autor citado promove a integração entre o princípio da eficiência com os objetivos do Estado num sentido finalístico.

É bom salientar que há estudiosos que identificam na eficiência um postulado (ÁVILA, 2005a e 2005b, *passim*) e não um princípio. Sendo o postulado a espécie normativa

que tem por premissa ser norma estruturante da aplicação dos princípios e regras, a eficiência não teria um conteúdo próprio, consistindo num instrumental dedicado ao “modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue” (2005b, p. 19). Esse entendimento auxilia a explicitar o porquê de a noção jurídica de boa administração transcender a ideia de eficiência.

O princípio da eficiência acarretou a aproximação metodológica entre o Direito e o pensamento econômico, abrindo campo igualmente para argumentos consequencialistas, no sentido de que “Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta” (ARAGÃO, 2009, p. 16). Sem que se recaia na pretensão de uma única resposta correta. Logo, esse modo de ver a eficiência subentende a inexistência de uma única interpretação correta, permitindo-se ao aplicador/intérprete a decisão mediante um ônus argumentativo que explicita a adequação dos meios e promoção dos fins.

Nessa atuação administrativa em busca de resultados adequados, devem ser satisfeitos os imperativos da proporcionalidade, enquanto adequação entre meios e fins, necessidade, no sentido das medidas que menos onerem direitos fundamentais dos cidadãos e que sejam proporcionais em sentido estrito. A qualificação das ações administrativas como boas depende em muitos aspectos da proporcionalidade.

5.3 ADMINISTRAÇÃO DE RESULTADOS, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E SERVIÇOS PÚBLICOS: CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme visto no item anterior, a finalidade é componente de análise do atendimento do agir estatal em relação à eficiência. Ao incorporar o atendimento dos fins decorrentes do ordenamento jurídico pela Administração, abre-se o campo de análise para o resultado das ações públicas, de modo que o grau de atendimento possa ser questionado no sentido de vinculação ao interesse público, não mais definido como o interesse do Estado, destaca-se.

Celso Antonio menciona, ao lado dos princípios constitucionais,⁸⁸ o princípio da finalidade, como sendo o “dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a

⁸⁸ Evitou-se fazer ao longo do trabalho um inventário dos inúmeros princípios reconhecidos pela doutrina no que tange ao direito administrativo e à atuação da Administração Pública. Crê-se que todos giram em torno dos princípios reconhecidos constitucionalmente, ou são por eles (re)orientados.

ela” (2009, p. 106), fundado na legalidade (artigo 37 e também no artigo 5º, LXIX, quando o mandado de segurança é garantido em caso de “abuso de poder”, ou seja, o uso do poder além de seus limites), a expressar a vinculação do administrador às finalidades ínsitas na lei, no seu aspecto geral (interesse público) e no seu aspecto específico, sua finalidade. Observa que não é propriamente decorrência da legalidade, mas algo inerente a ela.

Alexandre Santos de Aragão (2012b, p. 80-82) observa que o princípio da finalidade se traduz na atuação impessoal e adequada à moralidade administrativa, no sentido de que a busca da realização do interesse público se dê de forma menos onerosa aos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, sempre de forma impessoal, isto é, sem direcionamento do ato para este ou aquele cidadão. “O que o princípio da finalidade preceitua é que nenhuma ação ou omissão da Administração Pública beneficie ou prejudique pessoas sem ter como meta a realização de objetivos previstos no ordenamento jurídico.” (ARAGÃO, 2012b, p. 81).

Ora, existe um sentido intrínseco de finalidade na noção de boa administração, que faz com que sua decodificação jurídica somente enquanto “meios” seja deficitária, como analisado. A busca pelos melhores resultados não pode desvincular-se, num ambiente democrático, das escolhas ínsitas nas leis ou nos mandamentos constitucionais:

Le contenu matériel de la bonne administration, à savoir les objectifs à atteindre et les meilleurs moyens pour y parvenir, n'est pas prédéterminé. La bonne administration n'est pas évaluée à l'aune d'un résultat fixé d'avance. Il s'agit bien d'un processus qui laisse toute sa place au débat et aux choix démocratiques. Mais la recommandation rappelle que, lorsque ces choix sont faits, leur bonne mise en oeuvre par l'administration s'impose. (TANQUEREL, 2007A).⁸⁹

Esse pensamento se conforma com o reconhecimento normativo, portanto. Uma vez feitas as escolhas em termos de políticas públicas, o dever de concretizá-las nasce inexoravelmente para a Administração Pública. Essas escolhas podem ser feitas pela Constituição ou pelas maiorias democráticas – cujo espaço não deve ser sufocado em favor de um projeto constitucional totalmente abrangente.

⁸⁹ Em tradução livre: “O conteúdo material da boa administração, ou seja, os objetivos a alcançar e os melhores meios para atingi-los, não são predeterminados. A boa administração não é avaliada em termos de um resultado pré-fixado. Trata-se, na verdade, de um processo que tem seu espaço no debate e nas escolhas democráticas. Mas a recomendação determina que, uma vez feita tais escolhas, a boa implementação pela administração se impõe”.

Os resultados da atividade administrativa devem ser coerentes com suas finalidades. Nesse sentido, a Administração se legitima mediante a consecução de resultados adequados, exigidos pelos comandos da boa administração.⁹⁰ O que permite a conexão entre resultados e a prestação de serviços públicos.

Falar em administração de resultados implica em reconhecer o caráter instrumental da Administração e do direito administrativo (ARAGÃO, 2012b, p. 52), bem como reconhecer que o controle da Administração incide, em tal contexto, sobre atos isolados, mas também sobre atividades ou programas globalmente considerados. Neste último caso, de forma mais direta do que o controle dos atos pontuais, pois se “pode verificar se a Administração Pública está realizando os objetivos a ela impostos com os menores ônus possíveis” (idem, p. 587). Aragão ressalta, neste particular, o controle pelo Tribunal de Contas da eficiência e economicidade das ações administrativas.

O aspecto de boa administração, portanto, acresce para esse controle mais abrangente ao indicar que a atuação deve se subordinar à juridicidade, legitimando-se pelos resultados conquistados. Isto abre campo à avaliação das políticas públicas sob o aspecto dos resultados efetivamente alcançados e implica na discussão do dever de qualidade dos serviços públicos e dos programas públicos de fomento ou mesmo de ações afirmativas. Ao mesmo tempo em que a cultura de responsabilização pontual de agentes públicos se coloca como resultante (o que, aliás, precisa ser estimulado no Brasil, mas tendo-se a cautela de não desmotivar a participação política) caminha-se para o juízo de adequação ou inadequação daqueles atos globalmente apreciados, permitindo-se o redirecionamento de referidas ações para que se reencontre o pleno atendimento à finalidade e à boa administração.

O tema não é simples, pois se a noção de boa administração assim como a eficiência expressa uma relação entre conduta e objetivo, como ressalta Vanice Lírio do Valle (2008), a aferição da eficiência (pelo Judiciário, inclusive) pressupõe o conhecimento dos objetivos e dos mecanismos de avaliação que tenham sido previamente firmados na fase de elaboração de determinada política pública.⁹¹

⁹⁰ “A expressão *resultado*, embora oriunda das ciências administrativas, não deve ser tomada como mera transposição de um conceito de sentido econômico, mas, com muito maior amplitude, ser *coerentemente adaptada em referência aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os Poderes Públicos*.” (MOREIRA NETO, 2008, p. 135).

⁹¹ “O foco principal de preocupação e debate portanto, em matéria de políticas públicas, não parece ser quem possa ou deva controlá-las, mas – por paradoxal que pareça – assentar que elas hão de ser adequadamente construídas, no desenvolvimento de uma atividade que é própria da administração, para que só então se possa debater se essa deliberação, havida e fundada, pode ser objeto de intervenção corretiva de parte de outro poder.” (VALLE, 2008, p. 105).

Um exemplo recente e interessante do juízo de adequação entre uma escolha administrativa de cunho geral e direitos fundamentais se recolhe de decisão em sede de liminar proferida pela Justiça Federal do Pará sobre a limitação de ingresso de criança com menos de seis anos de idade no sistema de educação. Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra a União para suspender os efeitos das Resoluções n. 01, de 14/01/2010 e n. 06, de 20/10/2010, e demais atos posteriores no mesmo sentido editados pela Câmara Básica do Conselho Nacional de Educação, que fixaram a idade de ingresso na primeira série do ensino fundamental em seis anos, nas escolas públicas e privadas. Na decisão que concedeu o pedido liminar, o juiz ressalta a necessidade de verificação casual do perfil da criança mediante avaliação pedagógica e rejeita a fixação do limite pelos atos administrativos atacados, tendo em vista o dever de facilitar-se o acesso à educação e conduzi-lo com respeito à individualidade do aluno.⁹²

Refere-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao “paradigma do resultado” (MOREIRA NETO, 2008) no Estado contemporâneo, o que conduz o debate da esfera da responsabilização política para a responsabilização jurídica. O regramento constitucional dado à Administração permite deduzir o arcabouço normativo para a administração de resultados, onde estes também se conformam aos imperativos de legalidade e legitimidade, a corresponder, portanto, ao imperativo de boa administração.

Conforme apontado ao longo desse estudo, o direito à boa administração pode ser conectado a diversos aspectos da Administração Pública. Caminhando para o fechamento, pode-se estabelecer um vínculo entre os serviços públicos, os direitos fundamentais, em especial os de caráter prestacionais, e os serviços públicos, prestados pelo Estado diretamente ou concedidos a particulares. Em sentido relevante para o que se afirma, Odete Medauar observa com clareza que “o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a

⁹² A decisão é fixada nos seguintes termos: Nesse contexto, entendo que a limitação etária imposta pelo art. 2º da Resolução nº 1, de 14/10/2010, do Conselho Nacional de Educação da Câmara de Educação Básica, perpetuada na Resolução CNE/CEB nº 6, de 20/10/2010, que restringe o ingresso ao ensino fundamental à criança que tenha completado 06 (seis) anos de idade até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula (autorizando aos menores apenas a matrícula na pré-escola), agride os princípios basilares da educação acima declinados, por desconsiderar os aspectos subjetivos da vivência pessoal, contexto social e familiar e, especialmente, capacidade intelectual e de aprendizado de cada criança. Em linhas mais gerais, restrições desta natureza, notadamente quando decorrentes de normas meramente regulamentares como as Resoluções CNE/CEB n. 01/2010 e 06/2010, ofendem o princípio da isonomia, ao oferecer tratamento igual aos desiguais, tolhendo o direito assegurado constitucionalmente de uma educação condizente com a evolução e desenvolvimento de cada indivíduo. (TRF, Seção Judiciária do Estado do Pará, 2ª Vara. Processo n.º 34041-45.2012.4.01.3900).

efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas” (MEDAUAR, 2003, p. 267).

O Estado está intrinsecamente ligado à noção de serviços públicos ainda na atualidade. Esta é tão relevante para o Direito Público, e para o direito administrativo em especial, que já foi referenciada como o núcleo significante da atuação do Estado (MEDAUAR, 1992). As alterações doutrinárias nesse ponto encontram-se intrinsecamente ligadas às concepções do papel confiado ao Estado. Teses de corte mais liberal tendem a limitar a concepção dos serviços públicos; teses mais ligadas ao aspecto social, tendem a alargá-lo. De acordo com a intervenção na economia, maior a presença do Estado através da prestação de serviços públicos, diminuindo-se essa atividade, muitos serviços são transferidos para a sociedade, embora se encontrem regulados pelo Estado (ARAGÃO, 2012).

Pode-se afirmar que o direito à boa administração faz-se presente em todas as formas de serviços públicos. Mas tendo em vista a impossibilidade de análise ampla do tema no momento, conduz-se a análise sobre os serviços públicos voltados à realização de direitos fundamentais prestacionais. Observa Alexandre Santos de Aragão que embora toda atividade estatal possa receber o selo de serviço público, a noção enquadra-se melhor para as atividades administrativas (ARAGÃO, 2007, p. 13), de modo que o traço distintivo caracterizador dos serviços públicos reside na responsabilidade do Estado sobre a prestação da atividade. Assim, apresenta o seguinte conceito:

“serviços públicos são atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por eles desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.” (ARAGÃO, 2007, p. 24).⁹³

Os serviços públicos gozam de certas características que se adéquam ao conceito de boa administração, ou o pressupõe. Quando se refere que a prestação deve ser ao público, permite-se inferir que este público detém ao menos a expectativa de ser bem atendido em suas

⁹³ Alexandre Santos de Aragão (2007; 2012b) enumera algumas concepções de serviços públicos, lastreadas na abrangência do termo: 1) Concepção amplíssima, com suporte em Léon Duguit, onde os serviços públicos abarcam todas as atividades exercidas pelo Estado; ou todas as atividades sob regime de direito público, numa variante; 2) Concepção ampla, para a qual serviços públicos compreendem todas as atividades prestacionais do Estado, a englobar os serviços públicos econômicos (remuneráveis por taxas ou tarifas), os serviços sociais e os serviços inespecíficos e indivisíveis (*uti universi*); 3) Concepção restrita, que compreende somente os serviços públicos econômicos e sociais; 4) Concepção restritíssima, que se prende ao critério da contraprestação e da exclusividade da prestação pelo Estado, excluindo-se portanto os serviços sociais. A opção do autor, com a qual se concorda, recai sobre a concepção restrita.

necessidades; pode-se transmutar essa expectativa no direito à boa administração. Assim, por exemplo, quando alguém vai a uma unidade pública de saúde deseja ser bem atendido, em tempo hábil para a solução ou minoração de seus males, com diagnóstico correto, com a medicação adequada. Essa pretensão consiste num direito em si, para além do próprio direito à saúde, a essa pretensão é que se reconhece o direito à boa administração. Se nada disso ocorre, os danos podem ser ressarcidos mediante a responsabilização civil do Estado, mas se esse aspecto é relevantíssimo do ponto de vista individual, não afeta a continuidade daquele serviço, que poderá continuar sendo prestado de forma deficitária.

É preciso ressaltar que o Estado deve perseguir os melhores níveis de realização de suas finalidades, em se tratando de direitos fundamentais, a proteção deve ser a mais ampla possível, encontrando-se vedada a proteção insuficiente, o que remete à proporcionalidade enquanto adequação,⁹⁴ isto é, a medida implementada pelo Poder público precisa se evidenciar não apenas conforme os fins almejados, mas, também apta a realizá-los (FREITAS, 2006). O exemplo dos serviços de saúde e de educação no Brasil corroboram a afirmativa. Embora exista uma rede de unidades de saúde e de instituições de ensino em funcionamento, a qualidade dos serviços prestados, muitas vezes, não ofertam a proteção do bem jurídico tutelado em níveis capazes de efetivá-los com qualidade.

O quadro de relações Estado e sociedade mostrado no primeiro Capítulo deste trabalho permite reflexionar sobre o que sobra efetivamente do Estado diante das modificações pós-modernas: “o Estado é obrigado a reconstituir um tecido social que a dinâmica da evolução das sociedades contemporâneas tende permanentemente a dilacerar” (CHEVALLIER, 2009, p. 63). Tal afirmação só faz sentido num ambiente político democrático, pois, na ausência deste, o Estado termina por coagir a sociedade. Este é o enquadramento que Paulo Bonavides realiza sobre os perigos do Estado Social, em 1958, e que ainda ronda o contexto político contemporâneo:

O Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas. (BONAVIDES, 2009, p. 200).

⁹⁴ É recorrente na doutrina o desdobramento da proporcionalidade em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pela adequação, questiona-se o liame entre o meio empregado e o fim pretendido; pela necessidade, verifica-se o caráter de menor restrição a direitos fundamentais envolvidos; por fim, a vertente da necessidade em sentido estrito prende-se ao exame do balanceamento entre as vantagens e desvantagens do meio escolhido para atendimento de determinado fim (ÁVILA, 2005a, p. 112/113).

O antídoto para essa possível expansão estatal sobre a sociedade encontra-se na proposta da conciliação entre liberalismo e comunitarismo (SARMENTO, 2012), refletida no constitucionalismo democrático (SOUZA NETO, 2011a), e de acordo com as escolhas realizadas pela CRFB.

A análise dos serviços públicos deve se dar nesse contexto de interpenetração entre âmbito de proteção dos direitos fundamentais e livre iniciativa. A boa administração entra como elemento integrador em tal aproximação, direcionando as aparentes contradições sistêmicas para a qualidade dos serviços prestados:

A Administração tornou-se um ponto de apoio privilegiado da nova “democracia participativa”: a outorga aos cidadãos de um poder de intervenção no funcionamento dos serviços é entendida como apta a preencher as lacunas da democracia representativa fundada sobre o princípio da delegação, reatribuindo aos interessados uma influência concreta sobre a coisa pública; vê-se assim proliferar a imagem de uma “democracia do cotidiano, que passa pela implicação dos administrados no funcionamento dos serviços com os quais eles estão em contato por ocasião do fornecimento das prestações. (CHEVALLIER, 2009, p. 230).

Ora, essa ideia de participação democrática na fiscalização dos serviços públicos encontra previsão constitucional no artigo 37, parágrafo 3º, ao prever a necessidade de lei que regule tal aproximação entre cidadãos e o Estado-Administração. O dispositivo constitucional é incluído pela EC 19/93, em decorrência da reforma administrativa e se dedica ao ideal de abertura democrática da Administração Pública, podendo se constituir em instrumento relevante de concretização do direito à boa administração.⁹⁵

A vinculação dos serviços públicos ao direito à boa administração lança luzes importantes sobre o contexto dos direitos sociais prestacionais, relevantes para o atingimento dos objetivos republicanos. Isto porque o processo democrático pressupõe para seu desenvolvimento adequado um conjunto de interesses substantivos que se traduzem em

⁹⁵ Artigo 37, §3º: A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. É interessante comparar com a redação original: “As reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei”. A mudança de postura é latente, da mera garantia de reclamação, caminha-se para a integração do particular – usuário – na estrutura de controle do serviço público. No entanto, a efetivação dessa via de controle carece ainda de normatização e implementação em larga escala.

direitos. Robert Dahl (2012) sustenta que o processo democrático não deve ser considerado somente em seu aspecto processual, pois ele traz em si uma carga substantiva que se coloca como requisito à própria condição de participação naquele processo.

Defender que os direitos sociais não são dotados de jusfundamentalidade, é posicionamento que esbarra com o entendimento jusnaturalista, vale dizer que só pode ser sustentado caso se advogue que a jusfundamentalidade procede de um *a priori* natural (jusnaturalismo, sob qualquer de suas fundamentações). O catálogo de direitos fundamentais é uma escolha constitucional (SARLET, 2010, p. 31).

É nesse cenário que ganha relevo a Administração Pública, vista, agora, não mais como uma estrutura primariamente compromissada com a defesa dos *interesses do Estado* e sim com a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Se cabe também à Administração Pública concretizar a Constituição, é necessário que a função administrativa seja igualmente democratizada, de modo que a legitimação do agir do Estado ocorrerá não só mediante o processo eleitoral, que fundamenta uma democracia formal, mas sobretudo a legitimação democrática da Administração Pública (e do Estado como um todo) advém quando presentes instrumentos adequados de garantia do acesso de todos às condições necessárias à real possibilidade de participação democrática.

Segundo Friedrich Müller (2000), uma democracia avançada não deve ser confundida com “um mero dispositivo de técnica jurídica para definir como textos de normas são postos em vigor (como ‘leis são promulgadas’)”, mas necessariamente a compreensão do que seja democracia se liga ao tratamento dispensado pelo Estado ao povo: “não como súditos nem como seres subumanos, mas individualmente como membros do povo soberano” (idem, p. 26). O autor desdobra didaticamente o conceito de povo em *povo ativo* (titulares dos direitos eleitorais ativos e passivos), *povo de atribuição* (o conjunto dos nacionais, enquanto instância de referência dos atos estatais de modo a legitimá-los formalmente) e *povo-destinatário*, que compreende “toda a população sem exceção, enquanto destinatária de todas as prestações econômicas e sociais, culturais e jurídicas, às quais o Estado e a sociedade constituída se obrigaram” (idem, p. 38). Nessa proposta, somente o atendimento dos mandamentos constitucionais em relação ao povo-destinatário logra legitimar a atuação do Estado.

Os serviços sociais em especial, tal como os de acesso à saúde e à educação, que podem ser compartilhados com o mercado, merecem ser desenvolvidos em consonância com a normatividade da boa administração, posto que se volta preferencialmente a uma parcela da sociedade que não logra realizar a fruição de tais bens pelas regras do mercado. A realidade social brasileira é marcada por inúmeras desigualdades estruturais de acesso aos bens

jurídicos que funcionam como capacitação para o envolvimento no próprio processo democrático (trabalho, saúde, educação, renda, acesso à justiça etc.). A exclusão social se coloca, portanto, como mazela a impedir o amadurecimento de uma democracia e a fazer com que o Estado esteja *constitucionalmente em mora* com a população.

Há de se observar que não se trata de reafirmar a ilusão de que o formalismo jurídico irá transformar a realidade social, bastando a enumeração de princípios e direitos nos textos constitucionais para que tudo se resolva, mas reconhecer que o potencial de regramento do Direito – dever-ser – não pode ser ignorado. É aqui que se interligam, conforme a proposta apresentada desde o início deste trabalho, os direitos de cidadania, a democracia e o reconhecimento do direito à boa administração.

6 CONCLUSÕES

Esta pesquisa orientou-se pelo objetivo de apresentar um discurso normativo sobre a boa administração. Apontou-se que o contexto de redefinição das funções do Estado e do direito administrativo, em meio à complexificação da sociedade contemporânea, pauta-se nos direitos fundamentais de cidadania, que, em crescente relevância, se colocam como diretrizes para o estabelecimento do exercício da função administrativa em termos mais democráticos.

O direito à boa administração desponta como decorrente das relações requalificadas entre os administrados – agora compreendidos como cidadãos e não beneficiários ou súditos – e o Estado-Administração. Sob a ótica dos modelos administrativos de gestão, que também se direcionam da postura autocentrada (patrimonialista e burocrática) para uma postura mais consentânea com os ideais democráticos, a boa administração também se coloca como requisito, sendo a partir da reformulação dos modelos administrativos que a CRFB recebeu o influxo do princípio da eficiência, componente relevante para a boa administração. Na apreciação e aplicação jurídica do referido princípio, seu conteúdo econômico de custo/benefício é filtrado segundo a mesma ótica de direitos de cidadania, que fixam o atendimento à juridicidade, enquanto a submissão ao ordenamento jurídico como um todo.

Afirma-se que o direito à boa administração se insere no contexto de transformações ocorridas nas relações entre o Estado-Administração e os “administrados”. O vínculo entre ambos se restabelece com vistas aos direitos de cidadania, expressão que foi utilizada como o conjunto dos direitos fundamentais. A boa administração se reveste de carga normativa, porque deduzida do próprio ordenamento jurídico. Quanto a sua natureza, verificou-se que a noção de boa administração pode assumir a roupagem de direito subjetivo, bem como de um princípio geral da atuação administrativa. Optou-se por qualificá-lo como um direito fundamental difuso, mas que pode ser utilizado, a depender do caso concreto, para embasar responsabilizações do Estado e na defesa de direitos individuais. Sua interligação com os direitos fundamentais, aliás, sua própria fundamentalidade, decorre da vinculação da Administração Pública aos mandamentos constitucionais.

Quanto aos problemas formulados na introdução, conclui-se pelo reconhecimento do direito à boa administração na CRFB, com amparo nos inúmeros dispositivos do texto constitucional, que, num processo interpretativo, resulta na identificação do referido direito implícito. O grau de desenvolvimento normativo da Constituição permite falar-se em direito implícito sem que isso cause estranheza, tendo em vista a abertura do catálogo dos direitos

fundamentais (artigo 5º, parágrafo 2º) e pelo reconhecimento de que a norma jurídica não se confunde com seu enunciado textual.

Sua vinculação aos direitos de cidadania, e em especial aos direitos sociais prestacionais se justifica pelo próprio mandamento constitucional ínsito no artigo 3º da CRFB, que não deve ser tomado meramente por sentido declarativo, mas como projeto de construção de uma sociedade democrática no aspecto formal e material. Para tanto, a atuação do Poder Executivo, mediante a Administração Pública, é de vital relevância. Assim, ela poderá ser qualificada como “boa” na medida em que produzir resultados adequados para a sociedade. Desse modo, a hipótese levantada na introdução se confirma.

Os direitos sociais prendem-se, numa sociedade desigual, ao imperativo de equalização dos membros dessa mesma sociedade, de forma a capacitá-los à participação efetiva. O reconhecimento do direito à boa administração como um direito difuso vinculado à cidadania e à dimensão objetiva dos demais direitos, aponta para essa realização.

O direito à boa administração se coloca como instrumental plausível no sentido de reforçar os objetivos constitucionais na prestação de serviços públicos, sejam prestados diretamente pelo Estado, sejam por particulares mediante concessões e permissões.

É fato que a eficiência na prestação dos serviços não foi alcançada a toque de mágica pelo processo de privatização. A solução para tais problemas se encontra ainda por serem construídas; ganhando relevo a necessidade de regulamentação do mandamento constitucional do artigo 37, parágrafo 3º, por exemplo. O que se dá como certo é a necessidade de que os cidadãos sejam ouvidos, atendidos em suas demandas e que a qualidade, como reflexo da boa administração e da eficiência, um dos seus mais valorosos braços, seja concretizada no exercício da função administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Desafios contemporâneos para a reforma da Administração Pública brasileira. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Organizadores). *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: ENAP, 2010, p. 537-548.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov./dez. 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 jan. 2011.

_____. O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 96, v. 859, p. 11-80, maio 2007.

_____. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano XI, n. 57, 2009.

_____. O serviço público e suas crises. In: _____. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012a, p. 421-440.

_____. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012b.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2005a.

_____. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./nov./dez., 2005b. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed., 2009.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; _____. LASH, Scott; *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social e moderna*. São Paulo: UNESP, 1995.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177/205.

BONAVIDES, PAULO. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOUSTA, Rhita. *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. Paris: L'Harmattan, 2010.

BRESSER-PEREIRA. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (orgs.). *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, p. 222-259. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73EstadoPatrimonial-Gerencial.pdf>>.

_____. *Construindo o Estado Republicano: Democracia e Reforma da Gestão Pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

CAMPOS, Francisco. A política e o nosso tempo. In: _____. *O Estado Nacional: Sua estrutura – Seu conteúdo ideológico*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1940, p. 1/68.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Tomo I – introdução – organização administrativa – actos e contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. *Direito Público*, Porto Alegre: IDP, v. 2, n.º 7, jan./fev./mar. 2005, p. 80/89.

CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. *Interesse Público*. Ano 5, n.º 24, mar./abr. 2004. Porto Alegre: Notadez, p. 13-23.

_____. *A crise do Estado*. Tradução: Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, São Paulo: Saberes Editora, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, vol. 2. São Paulo: Malheiros, 1997.

CONSELHO EUROPEU (Commission Européenne Pour La Démocratie Par Le Droit – Commission de Venise). *Bilan sur les notions de "bonne gouvernance" et de "bonne administration"*. Disponível em <[http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)009-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)009-f.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2012.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012 (Biblioteca jurídica WMF).

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DELVOLVÉ, Pierre. Rapport general. In: CONSELHO EUROPEU. *A la recherche d'une bonne administration*. Atos da Conferência de 29-30 de nov. de 2007, organizada na Faculté de Droit et d'Administration Université de Varsovie, Estrasbourg, 10 fev. 2008, 15p. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/DA-ba-Conf%20_2007_%2015%20f%20-%20P.%20Delvolv%C3%A9.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2013.

_____. *Le droit à une bonne administration*. [mimeo]. Disponível em: <<http://www.iias.sinica.edu.tw/upload/publication/journal/journal00/journal00ch08-1.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4ª ed., 11ª reimpressão. São Paulo: Editora Globo, 2011.

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes de. Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, ago. 2007, número 20, p. 61-80.

FRASCATI, Jacqueline Sophie Periotto Guhur. O princípio da eficiência como valor apto a contribuir para a eficácia dos direitos sociais a prestações concretizadas: análise das funções do princípio da eficiência nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 227-278, ano 3, n. 9, jan./mar. 2008.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: _____ (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170-197.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 13-24, mar./abr. 2010.

_____. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 311-334.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en derecho español. *Revista de Direito Público*, n. 89, v. 22, 1989. p. 5-23.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparada. In: _____. *O Saber Local*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 249-356. Cap. 8.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México/DF: Fontamara, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 3ª Ed. Campinas/SP: Russell Editores, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65-85.

KANT DE LIMA, Roberto. 2004. Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? *São Paulo em Perspectiva*, 18(1): 49-59, 2004.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LUSTOSA DA COSTA, Frederico. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública – RAP [online]*. 2008, vol.42, n.5, p. 829-874. ISSN 0034-7612. Disponível em <www.scielo.br>. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. Contribuição a um projeto de reforma democrática do Estado. *Revista de Administração Pública – RAP [online]*. 2010, vol. 44, n. 2, p. 239-270. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n2/04.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

MARSHALL, T.H. *Cidadania e classe social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. Civilização Brasileira, 2001.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. De los derechos humanos al derecho a una buena administración. In: ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 43-54.

MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n.189, p. 100-113, jul./set. 1992.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 16ª Ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012a.

_____. O serviço público e suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012b, p. 421-440.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Joana. La bonne administration en droit communautaire et le code européen de bonne conduite administrative. *Revue française d'administration publique*, 2009/3, n° 131, p. 555-571. Disponível em: <<http:// Cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2009-3-page-555.htm>>, mediante compra.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO E REFORMA DO ESTADO – MARE. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasil: Presidência da República, 1995.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública no Estado contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: ano 30, n. 117, p. 23-56, jan./mar. 1993.

_____. Poder, organização política e constituição: as relações de poder em evolução e seu controle. In: _____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, p. 3/25.

_____. Princípios informativos e interpretativos do direito administrativo. In: _____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b, p. 265/313.

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

_____. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização – in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Edição especial, outubro de 2000. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000.

_____. Entrevista com Friedrich Müller. Entrevistadores: Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (UNIFOR); Prof. Dr. Gilberto Bercovici (USP). *Revista Seqüência*, vol. 26, n.º 51, UFSC, Florianópolis, p. 9-30, dez. 2005.

PEGORARO, Lucio. Existe un derecho a la buena administración? (algunas consideraciones sobre el ab(uso) da la palabra “derecho”). In: ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 17-41.

PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Organizadores). *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: ENAP, 2010.

PONCE SOLÉ, Juli. El derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 305-321, jan./dez. 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Aspectos sociais do direito administrativo contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 27, n. 106, abr./jun. 1990, p. 75/80.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El control de la administración pública: una perspectiva integradora. *AIDA Opera Prima de Derecho Administrativo*: Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México: n. 4, 2008. Disponível em: <<http://derecho.posgrado.unam.mx/ppd-09/difusion/revista/aida/OPUS4.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

_____. El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo. In: ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 77-105.

ROUSSEAU, J. J. *Do contrato social: princípios do direito político*. 2ª Ed. revista da tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria. In: ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 55-75.

SALOOJEER, Anver; FRASER-MOLEKETI. Desafios comuns a reformas administrativas em países em desenvolvimento. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Organizadores). *Administração pública: coletânea*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: ENAP, 2010, p. 491-512.

SANTIAGO NINO, Carlos. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 4, septiembre-diciembre de 1989, p. 79-88.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. Função administrativa. *RDB*, n. 89, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Administração Pública e os Direitos Fundamentais*. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo [on line]. (Sem data). Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2011.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 97-143.

SARMIENTO, Daniel. *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft Law*. [online]. Disponível em <<http://www.danielsarmiento.es/publicaciones.html>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. *Revista de Administração Pública – RAP* 2009, vol.43, n.2, pp. 347-369. ISSN 0034-7612. Disponível em <www.scielo.br>. Acesso em: 27 ago. 2012.

SÖDERMAN, Jacob. *El derecho fundamental a la buena administración*. Discurso proferido pelo Provedor de Justiça Europeu no ciclo de conferências “El papel de los defensores del pueblo en un mundo en transición”. Mallorca, 28 maio 2001. Disponível em: <<http://www.ombudsman.europa.eu/speeches/es/2001-05-28.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUVIRÓN MORENILLA, José Maria. Sentido y alcance del derecho a una buena administración. In: RODRÍGUEZ, Carmen María Ávila. RODRÍGUEZ, Francisco Gutiérrez (Coord.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 225-238.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: _____. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a, p. 3-32.

_____. O dilema constitucional contemporâneo entre neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: _____. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b, p. 33-41.

_____. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: _____. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011c, p. 193-220.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese de doutorado. 2005 (PUC-Rio).

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TANQUEREL, Thierry. La bonne administration au service de la bonne gouvernance: entre garantie des droits individuels et mise en oeuvre des choix démocratiques. In: CONSELHO EUROPEU. *A la recherche d'une bonne administration*. Atas da Conferência de 29-30 de nov. de 2007, organizada na Faculté de Droit et d'Administration Université de Varsovie, Strasbourg, 10 de fev. 2008, 15p. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/administrative%20law/Conferences/DA-ba-Conf%20_2007_%2015%20f%20-%20P.%20Delvolv%C3%A9.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2013.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. *Código Europeu de Boa Conduta Administrativa*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005. Disponível em: <<http://www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces>> Acesso em: 03 fev. 2013.

_____. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (2010/C 83/02). Versão consolidada de acordo com o Tratado de Lisboa. Jornal Oficial da União Europeia, 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*. Rio de Janeiro, 2010. 254 fls. Tese (Pós-doutorado em Administração) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas. Niterói, 2010.

_____. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. V. 2. Brasília: UNB, 2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS

ARISTÓTELES. *A Política*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista dos Tribunais*, ano 90, volume 768. São Paulo: RT, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Surgimento do Estado Republicano*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n62/a08n62.pdf>. Acesso em 04/03/2012.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Para uma ética republicana*. Lisboa, Portugal: Coisas de Ler, 2010.

_____. Princípio republicano e virtudes republicanas. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, São Paulo, ano 8, n. 2, p. 145-174, jun./dez. 2008.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAGUNDES, Seabra M. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualizador: Gustavo Binenbojm. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins fontes: São Paulo, 2006.

MAQUIAVEL. *O príncipe*. São Paulo: Golden Books, 2008.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: EDIPRO, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção, ineficiência*. 2ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PLATÃO. *A República*. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *El derecho fundamental a la buena administración en el marco de la lucha contra la corrupción*. In: Tercer Congreso Iberoamericano y Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Administrativo, 2011, México, D.F. Disponível em: <<http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ConIbeConMexDA/ponyprog/JaimeRodriguezArana.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: _____; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, nº 9, 2009, p. 95-131.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). *Direito administrativo contemporâneo: Administração Pública, Justiça e Cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.