

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Alexandre Morais da Rosa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
André Abreu Costa
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Elder Lisboa Ferreira da Costa
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Dias
Jean Carlos Fernandes
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
José Emílio Medauar
José Ricardo Ferreira Cunha
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcus Mauricius Holanda
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Salah Hassan Khaled Jr.
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra
Simone Alvarez Lima
Victor Gameiro Drummond

Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Av. Presidente Vargas - nº 446 –
7º andar - Sala 705
CEP: 20071-000
Centro – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

Emerson Affonso da Costa Moura

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988

Aportes teóricos nas noções de interesse
público, discricionariedade e prerrogativas

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2017

Copyright © 2017 by Emerson Affonso da Costa Moura

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

M929r

Moura, Emerson Affonso da Costa.

Regime administrativo brasileiro e Constituição Federal
de 1988 : aportes teóricos para as noções de interesse público,
discricionariedade e prerrogativas / Emerson Affonso da
Costa Moura – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017.

272 p. ; 21 cm.

Bibliografia : p. 229-256.

ISBN 978-85-519-0041-3

1. Direito administrativo – Brasil. 2. Administração
pública – História. 3. Poder discricionário. 4. Interesse
público. 5. Constitucionalismo. I. Título.

CDD 342.8106

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Prefácio

Eis que vem à lume mais uma obra do competente pesquisador Emerson Affonso da Costa Moura: Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988 – Aportes Teóricos para as Categorias Fundamentais. Trata-se de mais um excelente trabalho sobre os diálogos entre Direito Administrativo e Constitucional, no contexto da linha de pesquisa na qual o autor já vem se notabilizando desde a publicação de seus primeiros escritos acadêmicos.

Deveras, a obra de Emerson Moura tem sido marcada pelo signo da constitucionalização do Direito Administrativo. Percebeu o autor, desde as pesquisas que resultaram em seu livro “Um Fundamento do Regime Administrativo – o princípio da prossecução do interesse público”, que o tema da constitucionalização do direito, mormente no contexto da Constituição Federal de 1988, é um imperativo. Ademais, o próprio autor já havia deixado registrado que o processo de constitucionalização representa uma via de mão dupla: exige efetivo diálogo entre as categorias teóricas do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, de modo que dessa dialética ambos restem transformados e renovados. Assim, a constitucionalização, no sentido utilizado por Emerson Moura, não é apenas um processo de imposição das categorias constitucionais em face das administrativas mas, também, um movimento em que o próprio mundo do Direito Constitucional se impregna dos problemas e questões trazidos pelas transformações da Administração Pública.

Dessarte a constitucionalização revela também a sua face de abertura: abertura do sistema para os princípios e para a realidade (neste caso a referência se dá em relação à ideia de registro de aprendizagem da Constituição, bastante explorada por Canotilho e Canaris).

É em tal contexto que é preciso reconhecer que as transformações pelas quais vêm passando a sociedade contemporânea são capazes de impactar toda a construção das possibilidades de diálogo entre Direito Administrativo e Constitucional. Fenômenos como globalização, neoliberalismo, crises econômicas, aprofundamento das desigualdades sociais, comunitarização do direito, internacionalização do direito e o fenômeno da jurisdição multinível, estados abertos, estados cooperativos, modificações no arranjo do capitalismo mundial, dentre outros, acabam trazendo fortes reflexos para o Direito Administrativo e o Constitucional. Ademais, a própria compreensão de democracia, assumindo cada vez mais sentidos diferentes no atual contexto mundial, é capaz de trazer respingos nas tradicionais formas de se pensar o Direito. O processo de abertura do Direito Administrativo para a realidade, então, é dialético.

Assim, apesar dos avanços do Direito Administrativo e do específico campo de relação que se fundou entre Direito Administrativo e Constitucional, o atual contexto histórico (não apenas nacional) tem revelado, nos últimos anos, que há muito ainda para ser trilhado.

Deveras, imaginou-se que o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, decorridos quase 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, fosse um fenômeno marcado por alguma espécie de cláusula de não retrocesso. Mas não é isso o que se observa na realidade brasileira. Diversos fenômenos recentes têm mostrado que, apesar de discursos e teorias, a vida prega peças. Vive-se, no Brasil, forte momento de retrocesso em relação aos direitos conquistados no plano da Constituição de 1988 e em relação à compreensão do papel do Estado em face dos direitos fundamentais. Pregam-se, abertamente, doutrinas fascistas voltadas à negação da dignidade humana e da subjetividade. O Estado, cada vez mais, vem sendo acusado de ineficiência, clientelismo, patrimonialismo e outras práticas que, certamente, não são compatíveis com a racionalidade almejada no que tange com a atuação

estatal. E, sob a batuta de combate à corrupção, busca-se o desmantelamento da máquina administrativa.

É certo que, historicamente, a sociedade brasileira é (e sempre foi) marcada pelos traços do clientelismo e do patrimonialismo. Tais características, que seguramente devem ser repelidas no plano da atuação do Poder Público, estão presentes no espaço público, bem como no privado. Mas há um problema que parece estar escondido por trás da crítica ao Estado brasileiro, e que também se revela no campo administrativo, que é a crença, denunciada por Jessé Souza, de que “se o Estado é mau, a sociedade e o mercado são virtuosos”. O raciocínio é falso e perigoso. Basta lembrar que tal espécie de crítica se desenvolveu inicialmente no Brasil na historiografia das Décadas de 30 e 40 do Século passado. Mas naquele momento, afirmava-se que o patrimonialismo, o clientelismo, o subjetivismo e o autoritarismo, típicos do homem cordial, eram à sociedade. Só em momento posterior é que se projetou essas críticas ao Estado.

A acusação de patrimonialismo e ineficiência dirigida ao Estado, abandonando a premissa de que a sociedade também funciona sob tais signos (a premissa de que o Estado é mau e a sociedade e o mercado virtuosos), justifica a desqualificação da atuação estatal, autoriza a emergência de processos de desestatizações e privatizações, a relativização do regime jurídico administrativo, como se tem vivenciado. A crítica, que já teve pressupostos marxistas, foi apropriada, mais recentemente, pelos oradores dos discursos neoliberais.

E nesse fluxo muito do que se construiu teoricamente no Direito Público brasileiro pós-88 está em fase de desconstrução. Não há, infelizmente, o ponto de não retorno.

Ademais as transformações do cenário político que se seguiu ao *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, com a acirramento entre direita/esquerda, “coxinhas” versus “petralhas”, e o enfraquecimento institucional de Partidos Políticos de resistência na luta pelos direitos dos cidadãos, têm permitido a revisão, de afogadilho, do papel

do Estado em face dos direitos fundamentais. Sem dúvida, o atual debate sobre reforma da previdência, reforma trabalhista, reforma no pacto federativo, dentre outras matérias sensíveis, demonstram que as transformações sociais afetam, de forma direta, a compreensão do Estado e do Direito Administrativo. E, como se disse, o “ponto de não retrocesso” era apenas uma ilusão. Diversas conquistas e categorias do Direito Constitucional e do Direito Administrativo são abandonados com uma facilidade que chega a impressionar.

De um lado esse quadro mostra que a sociedade e o Direito Administrativo são dinâmicos. Aliás o Direito como um todo é dinâmico. Mas de outro lado mostra também a importância de uma adequada compreensão das categorias clássicas que orientam e orientaram a formação do Direito Público. Por tal razão é que debater e compreender o regime jurídico administrativo e suas categorias fundamentais é conduta de extrema relevância. Mas fazer isso sem diálogo com a realidade e as transformações sociais é algo de pouca importância social.

A presente obra de Emerson Moura, que chega ao conhecimento do grande público, dá conta da reconstrução (ou construção) de uma noção de regime administrativo que busca interlocução com a Constituição mas que, igualmente, permite também o diálogo com a realidade. Refletir sobre regime administrativo em um quadro de privatizações, de relativizações de direitos fundamentais (algumas vezes perpetradas ou chanceladas pelo próprio Supremo Tribunal Federal), substancia, efetivamente, verdadeiro ato de resistência e compromisso ético com a força normativa da Constituição.

Em momentos de crise e instabilidade é esse tipo de reflexão que o país também demanda. De uma reflexão sobre um Direito Administrativo em que o interesse público revele alguma utilidade democrática, que busque criar freios à arbitrariedade, que vislumbre na atividade regulatória algo mais que captação do mercado, que compreenda o dever de transparência como dimensão do Es-

tado de Direito e do princípio republicano, que fortaleça os processos de participação popular e busque seu aperfeiçoamento no contexto deliberativo e, acima de tudo, que se preocupe em buscar fundamentação e compreensão democráticas para as prerrogativas administrativas e o “poder exorbitante” do Estado. E bem esses são temas centrais da obra de Emerson Moura que, sem dúvida, ao assumir pressupostos comprometidos com a noção de Administração democrática, em muito poderá contribuir para o Direito Público e a sociedade brasileira. Afinal não se pode falar em boa administração pública se ela não for democrática e nem for efetivamente voltada para a realização eficaz dos direitos fundamentais.

Parabéns, mais uma vez, para o autor e para editora que acolhe a publicação!

De Curitiba,

Paulo Ricardo Schier

Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Professor de Direito Constitucional, em nível de mestrado (PPGD Direitos Fundamentais e Democracia) e graduação da Escola de Direito e Relações Internacionais do Centro Universitário Autônomo do UniBrasil. Pós-Doutor pelo IGC – Universidade de Coimbra. Professor Convidado da Universidade de Wroclaw (Polônia). Pesquisador vinculado ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq) e à Linha de Pesquisa “Constituição e Condições Materiais da Democracia”. Professor do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felípe Bacellar, da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST e da Academia de Direito do Centro Europeu (Curitiba). Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/Pr. Advogado militante. E-mail: pauloschier@uol.com.br



Apresentação

Tenho a alegria de apresentar o livro “Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988: aportes teóricos para as noções de interesse público, discricionariedade e prerrogativas, de autoria do Professor Doutor Emerson Affonso da Costa Moura”.

O livro oferece uma visão crítica sobre o clássico conceito de regime jurídico administrativo, remontando às *origens de sua construção e as influências advindas do processo de constitucionalização do Direito Administrativo e a reestruturação reclamada pelo constitucionalismo contemporâneo*.

Para além de pavimentar o percurso transcorrido pelo regime jurídico administrativo, o Professor Doutor submete conceitos centrais, como interesse público e discricionariedade administrativa, às mutações que sacudiram o Direito Administrativo e que, naturalmente, afetam seus pilares tradicionais de sustentação.

Cioso de que a Constituição de 1988 reposiciona as relações do cidadão com o Estado, enaltecendo a participação popular, inviabilizando decisões desprovidas de fundamento, alicerçadas apenas em argumentos de autoridade, e impondo novos parâmetros para o exercício da discricionariedade administrativa, o Professor Doutor contribui para a sempre inesgotável temática da releitura das prerrogativas públicas e do exercício de sua capacidade decisória.

Destacando os reflexos da reorientação constitucional centrada na promoção dos direitos e garantias fundamentais e recordando a crescente participação privada no exercício de atividades administrativas, que introduz variáveis ao atuar tradicional, bem como o fato de a perseguição ao interesse público operar-se sem o apego constante ao regime jurídico clássico, o autor brinda seus

leitores com avaliações ponderadas, orientadas pela releitura de antigos conceitos e institutos, ao invés de defender linha que prega a simplista solução de destruí-los.

Enfim, a obra do jovem e talentoso Professor Doutor Emerson Affonso da Costa Moura revela a maturidade de suas reflexões e a sobriedade de seus pensamentos. Um prazer lê-lo.

Sumário

Capítulo 1 O Regime Administrativo e o Direito Constitucional

- 1.1. A construção da disciplina jurídico-administrativa:
os precedentes na antiguidade e a estruturação
científica na modernidade 1
- 1.2. Aproximações e descolamentos na
trajetória do direito público moderno:
a ascensão do Direito Constitucional e
a recondução do Direito Administrativo 21
- 1.3. O regime jurídico-administrativo constitucional
e o processo de constitucionalização releitura:
perspectivas, avanços e retrocessos 24
- 1.4. A reestruturação da dogmática administrativa à luz
do constitucionalismo contemporâneo: da legalidade
estrita a concretização dos valores constitucionais 35
- 1.5. O papel dos princípios e dos direitos fundamentais
na construção de uma nova hermenêutica
para as categorias administrativas 44

Capítulo 2 O Interesse Público e os Bens e Valores Constitucionais

- 2.1. As tentativas de delimitação de um fundamento
central para o regime administrativo: das escolas
de potestade pública, serviço público e interesse público... 71

- 2.2. Da tensão dialética da disciplina administrativa e do reconhecimento de outros valores a serem tutelados pelo Estado-Administração 83
- 2.3. Do antagonismo do interesse público e o privado à coordenação com os direitos fundamentais 91
- 2.4. Do princípio basilar do direito administrativo à um dos princípios da ordem constitucional: da noção de supremacia à ponderação com outros bens e valores da lei fundamental 98
- 2.5. A indeterminabilidade do interesse público e o princípio democrático: a participação popular e a aplicação da public choices no processo de definição na decisão administrativa..... 114

Capítulo 3

Discrecionariiedade Administrativa e as Decisões Fundamentais, Técnicas e Consensuais

- 3.1. Da esfera ilimitada à juridicização da discrecionariiedade administrativa: as proposições de parâmetros no Estado Constitucional e Democrático de Direito 127
- 3.2. A ascensão da atividade regulatória na Administração Pública e o paradigma da previsibilidade técnica para a discrecionariiedade administrativa 131
- 3.3. A Discrecionariiedade administrativa à luz do princípio democrático: do dever de transparência e de informação do processo decisório..... 145
- 3.4. A democratização da discrecionariiedade administrativa: a participação como elemento

de construção de decisões administrativas consensuais e prospectivamente responsáveis.....	155
3.5. O espaço decisório na discricionariedade administrativa à luz das escolhas fundamentais veiculadas pela norma constitucional	159

Capítulo 4

As Prerrogativas Administrativas e as Garantias Constitucionais e Legais Processuais

4.1. Regime administrativo e prerrogativas estatais: do suposto fundamento exorbitante da disciplina à necessidade de atribuição de um carácter normativo	163
4.2. As prerrogativas administrativas no Estado Constitucional de Direito: do poder-dever à competência atribuída por lei	177
4.3. As prerrogativas administrativas no Estado Constitucional de Direito: adequação ao sistema de direitos e garantias fundamentais e aos fins constitucionais	189
4.4. As prerrogativas administrativas e o processo judicial: adequação das disposições do novo código de processo civil ao sistema constitucional.....	203
4.5. A cláusula geral do devido processo legal e as prerrogativas administrativas: o equilíbrio com as garantias no processo administrativo.....	210
Referências	229



Capítulo 1

O Regime Administrativo e o Direito Constitucional

1.1. A construção da disciplina jurídico-administrativa: os precedentes na antiguidade e a estruturação científica na modernidade

Embora seja comum a associação da origem do Direito Administrativo com as revoluções liberais do século XXVIII a atividade administrativa é produto de uma evolução histórica dotada, de continuidades e descontinuidades, que não se inaugura na modernidade, mas tem origem na antiguidade, cuja análise é pressuposto para delimitação de elementos e características capazes de permitir a delimitação dos seus institutos fundamentais.¹

Assim, embora tratada a história do Direito Administrativo de forma linear e constante de uma Administração Pública rudimentar para uma tentacular, de fato, sua evolução histórica apresentou avanços e retrocessos, que estão ligados com o próprio desenvolvimento dos diferentes tipos de Estado², sem que isso importe ignorar a existência de traços comum entre os variados regimes apresentados.

1 Conforme, os preciosos ensinamentos de Otto Mayer, “o direito administrativo atual, como qualquer outro ramo do direito, tem sua história. Para compreendê-lo bem, são de valor incomparável, as distintas fases por que tem passado”. MAYER, Otto. Derecho Administrativo Aleman. Vol 1. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 27.

2 AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. vol. 1 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 50.

Isto porque, a atividade administrativa de prossecução dos interesses do grupo social é realizada em todos os tempos e todas as sociedades, de sorte que embora haja diversas classes e distintos modos que a mesma se opere, há categorias próprias ou princípios que a dominam e forma assim a base da função administrativa e, portanto, o fundamento comum dos inúmeros Direitos Administrativos.³

Isto não importa ignorar, que a estruturação do Direito Administrativo enquanto disciplina autônoma e científica se correlaciona, com a ascensão do Estado Moderno, mediante a limitação do Poder Político com a separação das funções estatais entre poderes independentes e o reconhecimento dos direitos do homem, que permitiram a sistematização teórica do exercício da função administrativa.⁴

De fato, o desenvolvimento científico do Direito Administrativo, começa quando se afirma o Estado de Direito e se regula a relação administrativa sob os ditames da ordem jurídica, de forma que podemos identificá-lo como uma ciência moderna, mas isto não importa ignorar a existência de preceitos anteriores - os códigos, compilações e normas - que compunham um regimento próprio da atuação administrativa.⁵

Tão pouco, significa sustentar que se embora existentes normas administrativas que regulavam o funcionamento da Administração Pública, bem como, suas relações com os particulares, todavia, faltava uma elaboração baseada em princípios informativos

3 HERRERA, Posada de. Lecciones de Administración. vol I. Madri: Est. Tip. Calle del Sordo, 1845. p. 18.

4 BURDEAU, François. Historie du droit administratif: de la Révolution au début des années. Presses Universitaires de France. Paris: PUF, 1995. p. 53-55.

5 GASCÓN Y MARIN, José. Desarrollo Histórico Del Derecho Administrativo. Revista de Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública. p. 37. novembro/1982.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

próprios capazes de lhe imprimir autonomia à disciplina e permitir a sistematização em um Direito Administrativo.⁶

Porém, se o Direito Administrativo enquanto ciência é moderno, não se pode ignorar a sua existência nas antigas legislações e a submissão do exercício de atividades pela Administração Pública a determinados princípios gerais e comuns, que tutelam certos interesses gerais de clara importância que as leis de todas as nações não deixaram de reconhecer.⁷

Neste tocante, é possível afirmar que a origem do regime administrativo não se assenta na Modernidade. A Revolução Francesa não fez surgir uma disciplina da atividade administrativa sequer no Estado Francês, pois a Constituição do Ano VIII e a Lei 16 de 24 de Agosto de 1790, apenas fizeram modificações no regime vigente, reorganizando as estruturas, estabelecendo a separação das funções e criando o Conselho de Estado.⁸

Tão somente, o assentamento do regramento administrativo em princípios racionais e a sistematização de suas normas em corpo de doutrina é resultado filosófico da Revolução Francesa, em específico, do governo de Luiz XVIII a quem instituiu uma cadeira de Direito Administrativo na Escola de Direito de Paris, incumbindo de inaugurar o ensino da nova ciência, corroborando com o seu desenvolvimento.⁹

Coube à Modernidade, a submissão da atividade administrativa e do regime administrativo ao Estado de Direito, mediante a

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 19.

7 RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro: Noções Preliminares*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C. Livrinhos Editores, 1866. p. 5

8 CASSESE, Sabino. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Ministério Para Las Administraciones Publicas, 1994. p. 54.

9 *Idem*. p. 24.

observância das normas jurídicas e sujeição ao controle dos tribunais, impedindo que o exercício dessa função estatal corresponda a uma ação típica do poder arbitrário e garantindo aos administrados a preservação de suas liberdades fundamentais.¹⁰

O regime administrativo enquanto disciplina do exercício de uma função estatal pode-se dizer é realizado desde o nascimento do próprio Estado¹¹, ainda que, em um primeiro momento, não tenha importado na criação de uma disciplina dotada de cientificidade, mas tenha exteriorizado uma disciplina própria, com características e finalidades específicas, aos quais buscaremos identificar traços em comum.

Ao contrário da função legislativa ou jurisdicional que ordinariamente são interrompidas nos Estados, a atividade administrativa mesmo em grupos rudimentares é sempre exercida sem solução de continuidade, garantindo pela unidade de direção e funcionamento dos serviços básicos da coletividade, condição de manutenção e perpetuação daquele grupo social¹².

Neste tocante, é incontestável que a atividade administrativa será exercida de forma distinta conforme a própria diversidade social e cultural da sociedade, bem como, considerado o nível de desenvolvimento do próprio grupo na definição de suas finalidades, como, por exemplo, nas sociedades primitivas onde as funções administrativas se confundiam com as atividades militares e fiscais.¹³

10 LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 10 ed. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1957. p. 25.

11 GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 8. 1ª edición. Buenos Aires: FDA, 2013. p. 40

12 CRETELLA JUNIOR, José. *História do Direito Administrativo* in: FRANÇA, Ricardo Limongi (Coord). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 41. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 296.

13 DEBBASCH, Charles. *Science Administrative*. Paris: Dalloz, 1971. p. 3.

Porém, sendo o domínio do Direito Administrativo justamente o estudo da *organização* – complexo de órgãos e autoridades – *da atividade* – as formas de oferecimento de prestações oferecidas à coletividade – e *dos meios de ação* – os agentes estatais e os bens públicos – que exerce a Administração¹⁴ é inquestionável que havendo exercício da função administrativa é possível, se extrair, uma disciplina vigente e, assim, um regime jurídico.

Não se submete a existência de um regime administrativo à vigência de um Estado de Direito. Se há o exercício regular e ordenado da ação administrativa submetida à existência de regras, não necessariamente elas precisam apresentar sequer os caracteres de regra jurídica, como ocorreu durante a vigência do Estado de Polícia onde havia regulamentação da atividade administrativa, mas sem submissão ao Direito¹⁵.

A Administração Pública surge nos impérios do Oriente Antigo – em especial no Egito e na Mesopotâmia – onde se observa a existência de um corpo administrativo com funcionários hierárquicos, numerosos e permanentes, de circunscrição administrativas, com a divisão em províncias, de escrituras que correspondem ao envio de informação e recebimento de ordens, de arquivos com despesas e receitas dentre outras.¹⁶

Observa-se na Mesopotâmica, uma organização administrativa centralizada mediante a criação, pelos Imperadores, de um corpo de agentes administrativos permanentes, responsáveis pela realização de atividades de interesse coletivo, como as obras públicas – em

14 LAUBADÈRE, André de. Op. cit. p. 11 e 12.

15 RIVERO, Jean. Droit Administratif. 3 ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 14.

16 PUGET, Henry. Les Institutions Administratives Étrangères. Paris: Dalloz, 1969. p. 27.

especial, as hidráulicas – assegurar a defesa contra os inimigos externos e a cobrança de impostos para manutenção dessas atividades.¹⁷

No Antigo Egito, verifica-se também uma organização administrativa – com a existência de regiões administrativas – *nomos* ou distritos – que preservavam normas e ritos próprios e que possuíam um governador – *monarca* – designado pelo poder central, dotado de certo grau de liderança política e de autonomia administrativa, para administrar aquela extensão territorial e garantir a sua defesa.¹⁸

Havia, ainda, uma burocracia administrativa, uma vez que a realeza governava com apoio dos *sacerdotes* – ao qual cabia além da Administração da Justiça, o lançamento de impostos e a fiscalização de pesos e medidas – e dos *escribas* – que dominavam a escrita e eram responsáveis pela Administração Civil redigindo normas do povo, documentando atividades e outras funções.¹⁹

Embora os regimes característicos tanto na Mesopotâmia ca e no Egito fossem da monarquia teocrática, marcada pelo Estado Unitário com autoritarismo e inexistência dos direitos dos súditos²⁰, os Administradores, nestes impérios, são eram dotados de poderes, mas sujeitos a controle: os seus modos de agir, em determinadas matérias, são fixados por *regulamentos* e sujeitos ao *costume*.²¹

17 AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit. p. 51.

18 PINTO, Cristiano Paixão Araújo Pinto. Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito in WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 33.

19 SYLVIO, Roméro. Compêndio de História Geral do Direito. Pernambuco: Ramiro M. Costa & C, 1898. p. 53 e 58.

20 NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências. Boletim de Direito Administrativo. Editora Nova Dimensão Jurídica. Ano XXI. n. 11. Novembro/2005. p. 1230 e 1231.

21 PUGER, Henry. Op. cit. p. 27-28.

De tal sorte, verifica-se a existência de uma disciplina administrativa, que conforme as atividades coletivas desenvolvidas – *obras públicas, proteção militar e administração da justiça* – pode-se aduzir com apoio da doutrina que embora a atividade administrativa no período fosse essencialmente projetada pelos interesses do Monarca, ela era voltada ao “bem-estar geral”²², a saber, a satisfação do interesse público.

Nota-se que, no Estado Oriental a função administrativa surge sob o signo da assunção das responsabilidades no domínio econômico e social, com a realização de intervenções em prol da satisfação dos interesses da coletividade trazendo, portanto, elementos essenciais que se aproximam do modelo típico do Direito Administrativo Moderno, embora se afaste pela inexistência em razão do regime político de garantia dos particulares.²³

Em outro vértice, na Grécia havia instituições políticas responsáveis pelo *governo da cidade* - compostas pela Assembleia, o Conselho, a Comissão Permanente do Conselho, os estrategos e os magistrados – e instituições relativas à *administração da justiça* – formada pelo areópago e os efetas na justiça criminal, além dos árbitros, os heliastas e os juízes dos tribunais marítimos na justiça civil.²⁴

Atuavam como órgãos administrativos, a *Assembleia* responsável por nomear e fiscalizar a atuação dos magistrados, o *Conselho* por controlar os tesoureiros, realizar a prestação de conta dos magistrados, investigar as acusações de alta traição, examinar os

22 PUGER, Henry. Op. cit. p. 28.

23 AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit. p. 52.

24 SOUZA, Raquel de. O Direito Grego Antigo in WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 70.

futuros conselheiros e magistrados e os *prítanes* responsáveis pela guarda do tesouro e arquivos públicos.²⁵

Agiam tal quais agentes administrativos, os *estrategos* que tinham por função o comando do exército, a distribuição do imposto de guerra, a direção da polícia de Atenas e a defesa nacional e os *magistrados* que eram responsáveis por atividades relacionadas à Administração Municipal como arrecadar impostos, administrar o tesouro público, inspecionar os mercados, os sistemas de água e de medidas dentre outras.²⁶

Além destes, as cidades gregas, também, eram dotadas de outros órgãos administrativos – como a superintendência da indústria e do comércio – com uma burocracia própria – recebedores e tesoureiro das rendas públicas, serventuários da Administração de Justiça e demais – com atributos de exercício tipicamente de poder de polícia – polícia das casas e ruas, expedição de mandatos e outros.²⁷

Coube à Grécia Antiga, os contributos ao Direito Público, fornecendo importantes institutos às relações de ordem pública, mediante a distinção do patrimônio público do privado, a separação do exercício do *pátrio poder* do poder público e firmando um modo de convivência civil e política que puderam medrar as noções do que seria interesse nacional, local e público.²⁸

As leis gregas antigas, principalmente as inscrições públicas em muros, demonstraram a regulamentação como forma de afirmar o poder da cidade sobre o povo. A própria escrita antes restrita aos palácios e privatista de burocratas especializados, no

25 SOUZA, Raquel de. Op. cit. p. 70.

26 AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit. p. 53.

27 CRETELLA JUNIOR, José. História... Op. cit. p. 297.

28 SYLVIO, Roméro. Op. cit. p. 100-101.

período Micênico, a escrita linear B, foi considerada de uso restrito da cidade para atividades administrativas.²⁹

Em Roma, porém, é onde se observa o grande desenvolvimento das instituições administrativas³⁰, mediante a organização e administração dos territórios anexados como município ou colônia; a consolidação das obras públicas; as atividades de poder de polícia, de assistência, ensino e religião, bem como, o exercício de funções administrativas pelo Senado ou por magistrados especiais.³¹

Se no período de realza concentravam-se na figura do Rei eleito pelas Assembleia os poderes sobre os súditos e o reino, na República quem exercia o Poder Executivo eram os magistrados: os *cônsules* eram responsáveis pelas questões administrativas e superintendente dos agentes; os *pretores* pela Administração da Justiça; os *edis* pela administração da cidade, os *questores* do erário público e os censores responsáveis que tinham poder de polícia.³²

No Império, aperfeiçoa-se a estrutura administrativa com a existência de um corpo burocrático – formado por agentes públicos remunerados, profissionalizados e escalonados em categorias e vencimentos, sujeito à ascensão funcional e ampliação das atividades administrativas – defesa militar, finanças, justiça, obras públicas sendo acrescida a diplomacia pela qual tornou-se profissional.³³

29 SOUZA, Raquel de. Op. cit. p. 60.

30 GIANNINI, Massimo Severo. Derecho administrativo. Tradução de Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración, Pública 1991. p. 42

31 BUJÁN, Antonio Fernández de. Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano em Europa. 5 ed. Madri: Civitas, 2000. p. 207-223.

32 CASTRO, Flávia Lage de. História do Direito Geral e do Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 79-82.

33 AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit. p. 56.

Nas obras dos juristas romanos encontram-se importantes disposições relativas ao exercício da função administrativa mediante a regulamentação de atividades e bens de interesse da coletividade, que fixavam princípios gerais que orientam a disciplina e que permite extrairmos elementos gerais para o direito administrativo, dentre os quais destacamos as *Institutas* e o *Digesto*.³⁴

Nas *Institutas* do Imperador Justiniano, há a divisão fundamental entre direito público e privado conforme a natureza do interesse envolvido³⁵, há conceituação dos rios como público e do uso da praia como comum a todos *res communes omnium* permitindo que nelas se fizessem construções³⁶, há a fixação dos terrenos de marinha e aos acrescidos, dentre outras contribuições.

Porém, é no *Digesto*, que se regula as matérias relativas ao interesse da coletividade, como as variadas funções públicas³⁷, a

34 Não se ignora as contribuições dos demais juristas como Papiniano que tratou do ofício dos edis, Upliano dos procônsules e síndicos da cidade, Paulo sobre o cônsul e procônsul, Macer sobre os presidentes e Arcádio-Carísio sobre os cargos civis. Tão pouco, Gaio sobre os coletores de impostos, Paulo e Ulpiano sobre o censo e Ário Menandro, Macer e Taruntanus Paternus sobre o estado militar. Para uma visão geral do tema, vide: RIBAS, Antônio Joaquim. Op. cit. p. 7-8.

35 *Institutas*, Livro I, Título I §4º: “O estudo do Direito possui dois domínios, o Direito Público e o Direito Privado. O Direito Público é o que respeita ao estado das coisas romanas. O Direito Privado, o que concerne à utilidade das pessoas singulares.”

36 *Institutas*, Livro II, Título I §2º: “Todos os rios e portos são públicos; por isso é comum a toda pessoa o direito de nele pescar.” §4º: “O uso público das margens dos rios é de direito das gentes como o é o uso dos próprios rios”. §5º: “O uso das praias como o do mar, é também do direito das gentes e a todos é lícito ali construir cabanas nas quaes se recolham.”

37 *Digesto* Livro I, Título 10-22. De officio consulis, De officio praefecti praetorio, De officio praefecti urbi, De officio praetorum De officio praefecti vigilum, De officio proconsulis et legati, De Officio praefecti Augustalis, De officio praesidis, De officio procuratoris Caesaris vel rationalis, De officio iudicis, De officio ejus, cui mandata est iurisdictio, De officio ad sessorum.

tributação³⁸, as estradas e locais públicos³⁹, inclusive com suas respectivas proibições.⁴⁰ Os rios públicos⁴¹ e as respectivas vedações e regras de navegações⁴², as obras públicas⁴³, a administração⁴⁴, as feiras⁴⁵ e outras afetas a função administrativa.

É possível extrair da experiência romano-germânica um conjunto de noções básicas dentre os quais - *comum profits* ou *utilitas publicas*, *cause necessária* e *universitas* - que orientaram a construção científica do Direito Administrativo e que gravitavam ao redor de um conceito central enquanto princípio geral que exteriorizavam na intervenção estatal na autonomia privada ou regulação do espaço público adequando-o ao interesse público.⁴⁶

Com o fim do Império Romano e o surgimento da Idade Média, inicialmente, a Administração Feudal era baseada na arbitrariedade e patrimonialismo. Não era regulada por uma organização administrativa, mas desenvolvida por uma autoridade central – o monarca absoluto – que sem a presença de uma legislação administrativa, submetia todos os servos à sua vontade de forma assistemática.⁴⁷

Nos feudos, havia vários centros administrativos – as *vilas* - na qual o soberano – como chefe da organização administrativa

38 Digesto, Livro 39, Títulos 23. De publicanis et vectigalibus et Commissis.

39 Digesto, Livro 43, Título 7 De locis et itineribus publicis.

40 Digesto, Livro 43, Título 8 Ne quid in loco publico vel itinere fiat.

41 Digesto, Livro 43, Título 12 De fluminibus ne quid.

42 Digesto, Livro 43, Título 13 Ne quid in flumine publico e 14 Ut in flumine publico navigare.

43 Digesto, Livro 50, Título 10 De operis publicis.

44 Digesto, Livro 50, Título 8 De administratione rerum.

45 Digesto, Livro 50, Título 11 De nundinis.

46 BRAS, Gabriel Le. Les origines canoniques du droit administratif in: L'évolution du droit public. Paris: Etudes Mestres, 1956. p. 395.

47 CRETELLA JUNIOR, JOSÉ. História... Op. cit. p. 301.

– repartia em instâncias e as terras em regimes distintos: a *reserva indomunicata* na qual administrava diretamente com o trabalho dos servos e a *tenências camponesas* núcleo da economia básica do feudo e unidade fiscal e de administração para o senhor, que era administrada e cultivada por intermediários.⁴⁸

Embora concentrada a Administração na figura do Senhor Feudal, havia agentes que atuavam junto ao soberano, como os conselhos – formados pela nobreza que assessoravam e também eram responsáveis pela administração da justiça aos seus vassalos e administração do feudo – os conselhos locais que cuidam da administração e da justiça – além dos agentes fiscais responsáveis pela coleta dos impostos, dentre outros.⁴⁹

Sob a égide de tais monarquias absolutas com a concentração do poder no soberano, as relações entre súdito e soberano, eram acidentais e esporádicas, precipuamente, na forma do cumprimento das obrigações militares, fiscais e administrativas realizadas sob um regime eminentemente privado, razão pelo qual, é comum sustentar-se que a Idade Média não foi ambiente propício para o desenvolvimento de uma disciplina administrativa.⁵⁰

Entretanto, não se ignora que havia legislação sob tal matéria vigente ainda que não sistematizada⁵¹, bem como, a atividades dos

48 GERVASO, Roberto; MONTANELLI, Indro. Historia de la Edad Media. Traducción de Francisco J. Alcántara. Espanha: Random House Mondadori, 2002. p. 199.

49 PERNOUD, Régine. Luz Sobre a Idade Média. Portugal: Publicações Europa-America, 1997. p. 20-45.

50 GASCÓN Y MARIN, José. Op. cit. p. 38. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito... Op. cit. p. 1.

51 Cite-se as Ordenanças de Carlos VI sobre patrimônio e fazenda, moeda, água, bosques dentre outras, a declaração de Luis XI sobre a inamovibilidade dos juízes, as Ordenanças de Luis XII, o Código de Enrique IV, as Ordenanças de Luis XVI e as leis de Colbert. GASCÓN Y MARIN, José. Op. cit. p. 38.

glosadores que com seus estudos do Código Justiniano e do *Liber Constitutionis* fixaram dos germens do Direito Administrativo Moderno⁵² e, ainda, a difusão de importantes institutos, que se desenvolveram no período, como o município sob a égide dos monarcas⁵³.

Tão pouco, se sustenta a inexistência de um regime administrativo no período, uma vez que, havendo o exercício da função administrativa pelo soberano⁵⁴, se submetia a mesma a um conjunto de normas exteriorizadas nas regras – advindas das ordenanças e da aplicação do direito comum – e princípios – da irresponsabilidade pelos atos e concentração de funções no monarca – existentes.

De tal sorte que, no Estado de Polícia, o regime administrativo se estrutura na não limitação do soberano no exercício da função administrativa, tendo por fundamento nos princípios - *quoti regi placuit lex est, the king can do no wrong, le roi ne peut malfaire* – que sustentam a irresponsabilidade do monarca e a inexistência de separação⁵⁵ entre as funções administrativas e judiciais.

Por efeito, pode-se sustentar que o regime administrativo sob a égide do Estado Feudal tem como fundamento não apenas o *interesse público* – tido como a prossecução dos bens e interesses da sociedade em geral – mas com *interesses privados* do monarca – produção

52 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito... Op. cit. p. 2.

53 FREITAS, Justino Antonio de. Ensaio sobre as instituições de Direito Administrativo Portuguez. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1859. p. 13.

54 O enfraquecimento do poder central, a dispersão do povoamento e a necessidade de organização, chamam a si o desempenho de inúmeras atividades como a construção de escadas e caminhos, regulamentação de feiras e mercados, gestão de baldios e após questões de urbanismo e intervenção econômica. AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit. p. 60.

55 MERKL, Adolf. Teoria general del derecho administrativo. México: Editora Nacional, 1980. p. 93.

de riqueza - e *públicos* – proteção e manutenção do feudo – que dirige os súditos e a atividade do feudo sobre o manto do Estado.⁵⁶

Isto porque, embora se observe no período, um movimento de patrimonialização e fragmentação do poder público – com esfacelamento do Estado soberano em feudos – verifica-se uma publicização da sociedade privada – com o reconhecimento de direitos de essência pública⁵⁷ e a obrigação de todos os servos⁵⁸ de trabalharem na manutenção da *res publica* protegendo-a contra as ameaças externas e dissensões externas⁵⁹.

Assim, neste período, o regime administrativo feudal é marcado pela indistinção entre *público* e *privado*, pela prossecução das necessidades *coletivas* da população – exteriorizada na manutenção e proteção do feudo - e os interesses *privados* do soberano – externado na produção de riqueza e manutenção de privilégios reais – que se confundem sob o manto estatal.

56 Algo que será observado de forma similar na formação do regime administrativo brasileiro no período colonial, que terá por fundamento ante os interesses privados – de produção de riqueza para a Metrópole e da aristocracia burocrática brasileira – do que interesses públicos – satisfação das necessidades coletivas da população local. O tema será tratado no capítulo II item 1.

57 Não há propriedade absoluta, o bem deve ser administrado visando ao interesse coletivo. FRANCO JUNIOR, Hilário. *A Idade Média: Nascimento do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 55.

58 Impossível ignorar a existência da prossecução de interesses públicos, coincidentes não apenas com o senhor mas de interesse de todos da sociedade, se entre as obrigações que eram devidas aos servos havia as militares – a prestação do serviço militar que eles realizavam com seus próprios equipamentos e sob sua manutenção com vistas à proteção do feudo contra ameaças externas – e as administrativas – que era a obrigação de participação de trabalhos gratuitos de utilidade pública, garantindo a manutenção do feudo. GERVASO, Roberto; MONTANELLI, Indro. Op. cit. p. 162.

59 DUBY, Georges. Poder Privado, Poder Público in DUBY, Georges (Org). *História da Vida Privada: Da Europa feudal a Renascença*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 23-24.

Já no século XII, sob força da Revolução das Comunas, as cidades medievais passaram a ser reguladas com base no modelo Romano de constituição municipal, criado sob a influência dos burgueses e das corporações de artes e ofícios, uma organização administrativa e sujeitando a administração das comunas aos administradores e juízes designados como alcaides, os almotacéis e os alvazis.⁶⁰

Passam a existir órgãos de administração e de justiça com corpo de funcionário próprio, com a distinção das funções judiciárias, das funções governamentais e administrativas. Surge a proeminência de costume e da lei que atua limitando o arbitrário. Sustenta-se que o Rei não está livre do direito anterior e, tão pouco das leis que ele mesmo produz, traduzido no brocardo *princeps non est a legibus solutus*.⁶¹

Neste Estado Corporativo, a Administração Comunal passa ter por regime não a vontade absoluta e casuística do senhor feudal, mas os estatutos e ordens comunais, encontrando fundamento, portanto, nos princípios que regulavam a organização administrativa dos municípios baseada na hierarquia dos agentes administrativos, bem como, que regulamentavam a atuação dos sindicatos e corporações medievais.

Com a ascensão do Estado Absoluto há a extensão do poder discricionário do Monarca e centralização político-administrativa, com ampliação dos sistemas administrativos, expansão dos serviços públicos nacionais – exército, polícia, finanças, diplomacia, obras públicas e intervenção econômica – e da burocracia – e a criação de delegados e representantes da coroa em cada região.⁶²

60 CRETILLA JUNIOR, JOSÉ. História... Op. cit. p. 301.

61 PUGET, Henry. Op. cit. p. 31.

62 AMARAL, Diogo de Freitas. Op. cit. p. 67.

O regime administrativo passa ter fundamento nos institutos de direito romano, porém, este resgate normativo correspondeu um poderoso instrumento de centralização política e administrativa, uma vez que composto por normas escritas, emanadas de um poder central regulador, a liberdade outorgada a burguesia é contrabalançada pelo poder arbitrário da autoridade pública, garantindo a manutenção das prerrogativas políticas.⁶³

Deste modo, no Antigo Regime, há um “emaranhamento” entre as atividades públicas e privadas, com a assunção pelo corpo e comunidades, locais ou profissionais, seculares ou eclesiásticos, de grande parte de atividades de interesse geral, ao mesmo tempo em que defende os interesses próprios de forma que a fronteira entre o privado e o público não é fácil de discernir.⁶⁴

Com o advento do Estado de Direito e as Revoluções Liberais no século XVIII, há a consagração do Princípio da Separação dos Poderes e da Legalidade, com divisão das funções estatais entre os poderes públicos e impondo o exercício de prossecução das finalidades estatais sob o manto do Direito, que aliada com as transformações trazidas pela filosofia iluminista, impõe a estruturação de uma disciplina legal e científica administrativa.

Por efeito, ocorre a sistematização da atividade administrativa e regulação da relação jurídica formada entre Administração Pública e cidadão, passando o regime jurídico-administrativo encontrar fundamentos nos valores liberais trazidos pela Revolução, a saber, no Princípio da Legalidade como forma de proteção dos

63 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e o seu Ressurgimento no Final da Idade Média in: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P. 164.

64 RIVERO, Jean. Droit...

direitos dos cidadãos, bem como, na Prossecução do Interesse Público como meio de garantia da despersonalização da ação estatal.

Ordinariamente é tido como marco do nascimento do Direito Administrativo, a Lei Francesa de 28 do Quinto Mês do Ano VIII relativa à divisão do território da República e da administração, que prevê a divisão administrativa em quatro níveis – *departamento, distrito, cantão e municípios* – cada qual com corpo administrativo próprio, com funções específicas - *prefeito, conselho geral e outros* - excetuada a capital que tem regime especial⁶⁵.

É comum, ainda, fixar o surgimento do Direito administrativo – enquanto regime normativo e como ciência jurídica – com a unificação política e administrativa dos Estados ocorrida na Alemanha com o advento da Constituição de 1871⁶⁶, ignorando as previsões nas experiências constitucionais anteriores, bem como, o exercício da função administrativa e as normas existentes no período de Império ou Confederação.

A reorganização política e administrativa promovida pela Lei Francesa de 28 de *pluviôse* VIII, deu, porém, origem ao *regime administrativo atual* do Estado francês moderno, que sequer guarda plena originalidade com o regime anterior, uma vez que, em certa medida este sistema estabelecido no ano VIII é um retorno ao antigo regime, apenas cuja organização é uniformizada e aperfeiçoada.⁶⁷

Também não representou a completa transformação como geralmente é apresentado: embora o regime administrativo no início do século XIX tenha observado alguns princípios das revoluções liberais – como o princípio da Superioridade da Lei e da Separação

65 FRANÇA. Loi du 28 Pluviôse Na VIII. Acesso em: http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/45/Annexe.pdf_4a0d2b2344d22/Annexe.pdf Disponível em 08.12.2016.

66 CRETELLA JUNIOR, José. História do... Op. cit. p. 303.

67 ROLLAND, Louis. Op. cit. p. 4.

dos Poderes – a relação entre a Administração Pública e os administrados, não sofreu grandes alterações: os particulares ainda não tinham garantias ou meios eficazes contra os arbítrios.⁶⁸

O mito do surgimento do Direito Administrativo na Revolução Francesa com um regime jurídico liberal de garantia dos cidadãos ignora a verdade dos fatos trazida pela própria história. Apenas em meados do século XIX e início do XX, com a edição de leis e construções do Conselho de Estado, são atribuídas garantias aos administrados, como reconhecimento das liberdades públicas, anulação das decisões administrativas dentre outros⁶⁹.

Durante o ano VIII, a Administração é dotada de um regime liberal na ordem econômica, mas *autoritário* na ordem política, ao qual o regime administrativo teve que se adequar⁷⁰. Por esta razão, a disciplina jurídica passa a encontrar fundamento em categorias autoritárias como *puissance publique* que fundamenta exercício de prerrogativas e poderes, verdadeiros privilégios para o Estado.

Neste período de edificação da organização administrativa, os administrados estavam sujeitos aos caprichos da Administração Pública: não havia sequer recursos hierárquicos para protestar contra os abusos da *puissance publique* e a responsabilidade do Estado pelas faltas da Administração contra o Administrado não eram sujeitas a nenhum tipo de reparação.⁷¹

Ignora-se que durante o século XVII na França já havia estudos que denotam as primeiras tentativas de constituição de uma ciência administrativa, como os *Codes de Polices* que correspondiam

68 ROLLAND, Louis. Op. cit. p. 5.

69 ROLLAND, Louis. Op. cit. p. 7.

70 RIVERO, Jean. Droit... Op. cit. p.23

71 VINCENT, François. Le Pouvoir de Décision Unilatérale des Autorités Administratives. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1966. p. 9-10.

a verdadeiros dicionários administrativos que expunham de forma técnica e empírica as práticas administrativas utilizadas na ação administrativa para assegurar a boa gestão dos serviços públicos.⁷²

A própria literatura, indica que esses repertórios de textos, que correspondem às compilações dos juristas do Antigo Regime contribuem para fazer desaparecer os vestígios de instituições administrativas feudais e fundamentar as bases de um direito administrativo moderno, que baseado na ideia de polícia, vinculam uma característica constante do pensamento administrativo francês.⁷³

Também exclui a organização administrativa da França dada pelo Decreto de 22 de dezembro de 1789 que definiu a divisão da Administração em *département* – em conselho de departamento, diretoria permanente e um procurador geral – *district* – em um conselho, um diretório e um procurador geral administrador e *commune état administré* – formado pelo corpo municipal, major e um procurador geral.⁷⁴

Da mesma forma, a *Constitution 5 fructidor an III* que ao dispor sobre a organização dos poderes, em especial, do Executivo que é exercido pelo Conselho de Administração, instituiu alterações no regime administrativo vigente, ao modificar a estrutura da Administração e do Município, com alterações no *département*, supressão da figura *district* e modificação da *commune*.⁷⁵

72 CHEVALLIER, Jacques; LOSCHAK, Danièle. Science Administrative. Tome 1. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1978. p. 22.

73 CHEVALLIER, Jacques; LOSCHAK, Danièle. Op. cit. p. 23.

74 FOIGNET, René. Op. cit. p. 29. A lei está disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/images-decentralisation/decentralisation/loi-du-22-decembre-1789-.pdf> Acesso em 20.12.2016.

75 FOIGNET, René. Op. cit. p. 29. A Constituição está disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-5-fructidor-an-iii.5086.html> Acesso em 20.12.2016.

Ademais, a doutrina anglo-saxão afirma que as principais ideias administrativas os autores franceses atribuem à origem a revolução francesa e ao Estado de Direito, em larga medida, ao desenvolvimento de tradições e costumes da monarquia francesa⁷⁶. A estrutura do regime administrativo no Estado Moderno Francês, antes se associava as ideias autoritárias da monarquia do que aos ideais liberais da república.

Por tudo visto, a origem do Direito Administrativo não remonta as Revoluções Liberais, em especial, a Francesa no século XVIII, porém, à própria Antiguidade, e que da mesma forma o regime administrativo não encontra o surgimento de seu fundamento no instante da submissão do Estado ao Direito, mas tem suas bases presentes desde o surgimento estatal mantendo caracteres fundamentais.

Assim, cada Estado possui um regime jurídico-administrativo próprio dotado de características singulares. Os próprios Estados que adotaram a forma de Estado de Direito não possuem a mesma concepção geral de Direito Administrativo: há um desenvolvimento distinto da legalidade administrativa e da justiça administrativa, ou seja, a maneira pelo qual a Administração está sujeita ao Direito e ao controle realizado pelos Tribunais⁷⁷.

76 DICEY, A. V. *Introduction a L'Étude du Droit Constitutionnel*. Paris: V. Giard and E. Brière Libraires-Éditeurs, 1902. p. 309.

77 LAUBADÈRE, André de. *Op. cit.* p. 25.

1.2. Aproximações e descolamentos na trajetória do direito público moderno: a ascensão do Direito Constitucional e a recondução do Direito Administrativo

Embora a sistematização científica do Direito Administrativo e do Constitucional se liguem pelas Revoluções Liberais do século XVIII e seus legados – princípio da legalidade e direitos fundamentais – tais disciplinas jurídicas enfrentaram ao longo dos séculos trajetórias distintas no sistema europeu-continental, que conduziram até a metade do século XX, a um desenvolvimento da disciplina administrativa em detrimento da constitucional.

O Direito Constitucional é marcado em sua natureza pelos influxos de continuidade e descontinuidades exteriorizados nas sucessões e rupturas formais e materiais da ordem jurídico-constitucional vigente em relação à anterior decorrente da ascensão e quedas de regimes políticos⁷⁸, de forma que a instabilidade que assolava a Europa Continental no século XIX⁷⁹ produziu notável restrição ao desenvolvimento da disciplina.

Não obstante, à descontinuidade constitucional se opõe a continuidade administrativa: o Direito Administrativo enquanto marcado pelo “enraizamento profundo” na sua origem monárquica e fruto das decisões do Conselho de Estado Francês que construiu uma disciplina própria, com ênfase nas garantias jurídicas e a exi-

78 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 143-145.

79 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6 ed. rev e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 95.

gência de limitação do Estado acaba por assumir, ainda, no século XIX, uma “hegemonia” no Direito Público.⁸⁰

Em tal período, a concepção prevalecente de Constituição era *política*, de forma que a Constituição vigente não era o documento escrito que correspondia mero “pedaço de papel”, mas os fatores reais de poder, a saber, as relações de poder dominante no Estado que constituem a força ativa determinante das leis e instituições da sociedade, formam a Constituição real daquele país, não se identificando com aqueles.⁸¹

Por efeito, há a negação do Direito Constitucional, que enquanto ciência normativa não pode ter por função justificar as relações de poder dominante ao qual a Constituição seja o seu reflexo, quando na realidade assumia a Constituição feição *jurídica*, dotada de força normativa e condicionante da realidade, que possui vigência e busca ter pretensão de eficácia imprimindo ordem e conformação à realidade política e social.⁸²

A concepção de Estado de Direito meramente *formal* – enquanto a supremacia da lei e governo do bem comum – e carente de *conteúdo* – que permitia que o Estado fixasse as esferas de sua atuação e os limites à liberdade dos cidadãos para tais fins desde que dentro da lei – retirava “significado substantivo” político-

80 CHEVALLIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel in: Le Droit Administratif en Mutation. Paris: Centre Universitaire de Recherches Administratives Et Politiques de Picardie, 1993. p. 13.

81 LASSALE, Ferdinand. Que é Uma Constituição?. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

82 HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11 e 14-16.

-constitucional que podia ser aplicado a qualquer regime, inclusive, apartá-lo de sua origem liberal e vinculá-lo aos totalitários.⁸³

A partir do pós-guerra no século XX, há a ascensão do Estado Constitucional de Direito, marcado pela afirmação da *supremacia da Constituição* na ordem jurídica, que assume o papel de instrumento de validade de todas as normas que compõem o ordenamento, disciplinando não apenas as formas de produção legislativa, mas impondo proibições e obrigações de conteúdo, relativas à *realização dos direitos fundamentais*.⁸⁴

Neste mesmo período, começa a se observar um declínio do Direito Administrativo, em razão da crise do Estado-Providência na regulação da vida social, o declínio da hegemonia da lei e a ascensão da defesa das *liberdades fundamentais* contra abusos da maioria democrática, a substituição da jurisprudência como principal fonte do Direito Público, com monopólio da Constituição.⁸⁵

Isto porque, embora contributos das revoluções liberais, o princípio da *legalidade* – como manifestação da vontade geral que submete a autoridade – e da *liberdade* – como direitos públicos subjetivos que impede a afetação dos interesses pessoais que não seja por disposição expressa de lei – tais legados encontravam na prática, a dificuldade da “rotunda, radical e absoluta” concepção dos poderes administrativos.⁸⁶

83 ZAGRELBESKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: Leys, Derechos, Justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 22-23.

84 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. Revista Internacional de Filosofía Política, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, p. 31 e 34, 2001.

85 CHEVALLIER, Jacques. Le droit... Op. cit. p. 26 e 30-32.

86 ENTERRIA, Eduardo Garcia. La Lucha contra las inmunidades del Poder em el derecho administrativo: Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas Ediciones, 1983. p. 16-17 e 20-21.

Cresce a compreensão, que a ampliação das atividades estatais e o “recrudescimento” dos poderes administrativos não foi acompanhado de um aperfeiçoamento de proteção individual, de forma que a proteção dos direitos fundamentais do cidadão contra as ilegalidades da Administração Pública torna-se tema fundamental no “confronto da estrutura do Estado Contemporâneo e seu relacionamento com os administrados”.⁸⁷

Da preeminência normativa alcançada pela Constituição que é alçada ao “cimo da escala hierárquica” no ordenamento jurídico, sem se submeter a qualquer subordinação a nenhum outro parâmetro normativo anterior ou superior, toda a ordem jurídica, inclusive, o regime administrativo passa a ser lida à sua “luz” e passada pelo seu “crivo”, de forma a eliminar qualquer norma que se não conforme com ela.⁸⁸

O tema será tratado a seguir.

1.3. O regime jurídico-administrativo constitucional e o processo de constitucionalização releitura: perspectivas, avanços e retrocessos

Corresponde a *constitucionalização do Direito*, portanto, um processo que não se confunde com a introdução de uma Constituição rígida em um ordenamento jurídico, mas de transformação da ordem jurídica pela sua “impregnação” por normas constitucionais, que passam a condicionar “tanto a legislação como a juris-

87 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 89.

88 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. 1 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 45.

prudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”.⁸⁹

Embora a constitucionalização do Direito decorra principalmente do reconhecimento da força vinculante dos preceitos constitucionais e do papel de centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica, para que se opere a *completa* impregnação da ordem jurídica pelas normas constitucionais, torna-se necessário o preenchimento de outras condições necessárias⁹⁰.

De início, impõe-se a existência de uma constituição rígida aferida através da definição de um procedimento de modificação das normas constitucionais distinto do processo ordinário de formação das leis, que garanta a distinção de níveis hierárquicos normativos na ordem jurídica e a preeminência dos preceitos constitucionais sobre as demais normas jurídicas⁹¹.

Neste tocante, demonstra-se essencial a criação de um mecanismo de *garantia* da Constituição capaz de preservar a hierarquia de seus preceitos exteriorizado na previsão de um ou mais órgãos políticos ou judiciais incumbidos de exercer o controle de

89 GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano in: GUASTINI, Riccardo. Estudios de Teoría Constitucional. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 153.

90 Adota-se o modelo proposto por Riccardo Guastini onde são consideradas determinadas condições para que um ordenamento jurídico possa ser considerado completamente impregnado pelas normas constitucionais. GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización Del Ordenamiento Jurídico in: CARBONELL, Miguel (Coord.) Neoconstitucionalismo(s)... Ob. cit. p. 50-56.

91 Nesta ordem de idéias, a constitucionalização se apresentará mais acentuada nos ordenamentos jurídicos marcados pela super rigidez, ou seja, pela existência de um cerne imodificável do texto constitucionais, formado por preceitos não são sujeitos a procedimento de modificação, em decorrência de seu status político ou carga valorativa. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio Sobre Os Limites Materiais Ao Poder de Reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

conformidade das leis e atos normativos emanados pelos poderes públicos às normas constitucionais⁹².

Envolve, ainda, a compreensão de que toda decisão legislativa é pré-disciplinada por normas constitucionais, idôneas, portanto, a regular de forma explícita ou implícita qualquer aspecto da vida política e social. Isto importa no reconhecimento da inexistência de qualquer questão que não esteja sujeita ao controle de parametricidade com a Constituição⁹³.

Na hermenêutica constitucional, abrange o emprego da técnica de eleição dentre as distintas formas de interpretação aquela capaz de harmonizar o conteúdo da lei com a Constituição, de modo a preservar o princípio majoritário, evitando sua contrariedade com as normas constitucionais e garantindo a manutenção da validade da lei⁹⁴.

92 Dentre os variados sistemas de controle de constitucionalidade, destaca-se o modelo francês de controle concentrado e preventivo exercido por órgão político e americano de controle abstrato e preventivo exercido por órgão judicial. O modelo brasileiro é eclético adotando todas as espécies e modalidades admitidas no Direito Comparado. Sobre o tema vide: CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

93 Isto não significa desconsiderar que existem questões de natureza política sujeitas ao princípio majoritário, porém, compreender que existem outros princípios a serem preservados na ordem constitucional. Compete ao Poder Judiciário, portanto, resguardar o processo democrático e promover os valores fundamentais constitucionais, assim como assegurar a liberdade institucional. BARROSO, Luís Roberto. Dez Anos da Constituição Brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo nº 214.

94 Corresponde a chamada interpretação conforme a constituição que implica na dúvida em relação à constitucionalidade de uma norma jurídica plurisignificativa deve o órgão eliminar as opções incompatíveis com o ordenamento jurídico, optando pela interpretação que se demonstre em consonância com a Constituição, mediante a redução do conteúdo normativo, desde que não afete a expressão literal da norma. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade na Alemanha: A Declaração de Nulidade da Lei Inconstitucional, a Interpretação Conforme à Constituição e a

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

Por fim, inclui a influência da Constituição sobre as relações políticas, aferida através da atribuição aos órgãos de controle de constitucionalidade da resolução de conflitos de competência relativo ao exercício do poder estatal, do controle do exercício da discricionariedade legislativa pelo Poder Judiciário e do emprego das normas constitucionais na argumentação dos atores políticos⁹⁵.

Na nossa ordem jurídica, o fenômeno de constitucionalização inicia-se com a promulgação da Constituição da República de 1988, em um processo que resultou no seu deslocamento para o eixo central do sistema jurídico e reconhecimento da sua supremacia axiológica, potencializada pela erradicação daqueles fatores mencionados.⁹⁶

Oriundos de uma experiência constitucional marcada por uma inflação legislativa e uma insinceridade normativa⁹⁷, onde as Constituições garantistas tutelavam as liberdades formais como

Declaração de Constitucionalidade da Lei na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã in: Revista de Direito Administrativo, nº 193, 1993 p. 22-27.

- 95 Correspondem aos efeitos políticos produzidos pela constitucionalização sobre as relações entre os poderes estatais, dentre as quais se destaca o papel de protagonismo ocupado pelo Poder Judiciário, que é objeto de críticas uma vez que poderia gerar a judiocracia, ou seja, com a transferência das decisões políticas dos representantes eleitos para os juízes. Sobre o tema: SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades in: SARMENTO, Daniel (Coord). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 133-139.
- 96 Neste tocante, realiza idêntico movimento translativo ocorrido na Alemanha onde sob a égide da Lei Fundamental de 1949 e consagrando o desenvolvimento doutrinário, o Tribunal Constitucional Federal assenta que os direitos fundamentais instituem uma ordem objetiva de valores, condicionando a interpretação de todas as normas e vinculando os poderes públicos.
- 97 Não foi incomum a existência formal de Constituições que invocaram o que não estava presente, afirmavam o que não era verdade e prometiam o que não seria cumprido. Como e.g. tem-se a Constituição de 1969 que garantia os direitos à integridade física e a vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional... Ob cit. p. 61.

repositórios de promessas vagas, a veiculação de amplo elenco de direitos fundamentais e a sua inserção dentre as restrições ao poder de reforma, reforçou a rigidez da Constituição⁹⁸.

A previsão exaustiva dos bens e interesses sociais na lei fundamental produziu a subtração de distintas questões da vida política e social do alcance do legislador, que passaram a encontrar fundamentos imediatos nas normas constitucionais sujeitando-se, portanto, ao controle de adequabilidade com a lei fundamental.⁹⁹

Neste ponto, a expansão da jurisdição constitucional, mediante a criação de novos mecanismos de controle de constitucionalidade e ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura das ações abstratas, garantiu a proteção das normas constitucionais e a preservação de sua hierarquia mediante atuação pelo Poder Judiciário¹⁰⁰.

Por efeito, a ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos poderes públicos e o crescente exercício das ações abstratas pelos atores po-

98 Acentua-se o processo de constitucionalização nos ordenamentos onde além da previsão de um procedimento especial de alteração das normas constitucionais, existem princípios constitucionais não sujeitos à reforma pelo poder constituinte derivado. Isto ocorre em nossa ordem jurídica onde é previsto além de um processo legislativo específico (artigo 60 caput) princípios sensíveis que não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda (artigo 60 §4º todos da Constituição). GUASTINI, Riccardo. Ob. cit. p. 51.

99 A hospedagem no texto constitucional de inúmeros princípios vagos, inclusive, alguns de duvidosa dignidade constitucional, dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação, favoreceram o processo de constitucionalização do Direito. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo...Ob cit. p. 125.

100 Amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 inciso I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º) com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 "q"), da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 §1º) dentre outros.

líticos e sociais, permitiu um processo de judicialização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas¹⁰¹.

A necessidade de reelaboração doutrinária da hermenêutica constitucional de forma a resguardar o processo democrático e a estabilidade institucional na promoção dos valores fundamentais, conduzindo à interpretação da lei conforme a Constituição quando possível evitando a contrariedade com os seus preceitos e garantindo a manutenção da validade da lei¹⁰².

Embora o processo de constitucionalização tenha permeado os distintos ramos do ordenamento jurídico, promovendo o realinhamento dos preceitos e institutos às normas constitucionais, o fenômeno tem alcançado especial relevo na órbita do que tange ao regime administrativo, em razão daquele histórico descolamento, que conduziu a criação e manutenção e categorias e institutos interpretados à par da norma constitucional.

Isto porque de origem regaliana e baseada em um padrão estritamente burocrático estrutura-se a dogmática administrativa sobre as inconsistências lógico-conceituais oriundas de uma tradição autoritária, hierarquizada e ineficiente, que em descompasso com as transformações ocorridas na sociedade, impõem a revisão das premissas teóricas estruturantes da disciplina¹⁰³.

101 Como ilustrações têm-se as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos.

102 Compete ao Poder Judiciário preservar as condições essenciais de funcionamento do Estado Democrático mediante a tutela dos princípios fundamentais e procedimentos adequados à participação e deliberação, Sobre o tema: SOUZA NETO, Cláudio pereira. *Jurisdição, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

103 Diante da crise teórica do Direito Administrativo, inicia-se um movimento doutrinário de ampla revisão das categorias e institutos administrativos,

Alia-se, a questão da crise do Estado Providência marcada pela inviabilidade do atendimento das complexas demandas sociais e o crescente desequilíbrio das finanças públicas, erige a inviabilidade da burocracia como modelo de gestão inoperante e economicamente insustentável ao atendimento do interesse público, e das velhas categorias administrativas na adequação às novas expectativas sociais.

Ademais, as deficiências e falências do processo político majoritário em razão da redução do processo democrático ao processo eletivo, da predominância persistente da ineficiência, corrupção e clientelismo na gestão pública, e do crescente desinteresse pela participação política amplia o enfraquecimento da cidadania e conduz a um déficit de legitimidade da atuação administrativa.

O surgimento da globalização expresso na integração econômica e a expansão do conhecimento e da técnica, mediante o fluxo de transferência de informações e a difusão de novas formas de tecnologia e meios de comunicação reforça a crise de governabilidade estatal e impõe o advento de transformações na Administração Pública.

Neste tocante, a ascensão do Estado Constitucional de Direito com o reconhecimento da força normativa da Constituição

formado dentre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. São Paulo: Atlas, 1999. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações. 4 ed rev, atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. ARAGÃO, Alexandre. Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

e a irradiação das regras e princípios fundamentais pela ordem jurídica, convergem com estes fenômenos, na desconstrução de velhos paradigmas e proposições de novos protótipos, que exteriorizam a formação de um modelo administrativo pós-moderno.

O comando de uma nova ordem constitucional importa, portanto, em uma revisão e ampliação dos institutos de Direito Administrativo, com o reconhecimento dos direitos fundamentais que contemplam a pessoa humana e garantem o seu direito de participação da sociedade, transformando um conceito de justiça meramente distributiva para uma concepção de justiça comutativa.¹⁰⁴

No âmbito do regime administrativo, portanto, o processo de filtragem constitucional promove a releitura dos princípios da matéria sob a ótica da lei fundamental auxiliando na reestruturação da dogmática à centralidade ocupada pelo homem na ordem jurídica e dimensão substantiva da democracia, em uma substancial modificação na relação entre Administração e Administrado.

No Direito Administrativo cujas Constituições do século XIX ignoraram a sua articulação no texto, não se confunde, porém, esse fenômeno de constitucionalização com o fenômeno de ampla incorporação pela Constituição de preceitos relativos à Administração Pública que se notabiliza no século XX após a primeira guerra em razão da plena expansão da atividade administrativa no âmbito econômico e social.¹⁰⁵

Tão pouco, se identifica apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, pois embora tenha consagrado um Estado Democrático de Direito, a atividade administrativa estatal

104 TACITO, Caio. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 81, p. 166, 1986.

105 MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. 2 ed. rev atual e ampla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97-98.

continua a refletir “concepções personalistas de poder”, em que o “governante pretende imprimir sua vontade pessoal como critério de validade dos atos administrativos e invocar projetos individuais como fundamento de legitimação para a dominação exercitada”.¹⁰⁶

O fenômeno de irradiação dos preceitos constitucionais pode ser analisado sobre dois prismas¹⁰⁷: a *constitucionalização-inclusão* quando institutos do direito infraconstitucional passam a elevar-se ao texto constitucional e *constitucionalização-releitura* quando há filtragem à luz da Constituição, em especial das noções de direitos fundamentais e democracia¹⁰⁸.

Ao revés, há de se admitir uma patologia de “constitucionalização às avessas” exteriorizada pelo *casuismo* e *corporativismo* – com a previsão de situações específicas e a incorporação de vantagens e prerrogativas para certos grupos retirando-a da deliberação democrática ordinária – e a *ossificação* e o *reformismo constitucional crônico* – com inserção de matérias cambiantes em emendas que impedem a transformação pelo processo político.¹⁰⁹

106 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8 ed rev. Ampla e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 83 e 107.

107 MENDONÇA, José Vicente Santos de. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Orgs.). A Constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 709 e ss.

108 Todavia, o fenômeno da Constitucionalização não se limita apenas à irradiação no sistema político, mas importa na abertura da Constituição ao sistema econômico, financeiro e internacional. TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 253.

109 BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Direitos Humanos e Democracia como Fundamentos de Legitimidade e Elementos Estruturantes da Dogmática Administrativa in NALINI, José Renato. CARLINI, Angélica (Coord). Direitos Humanos e Formação Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 32-34.

Neste tocante, o processo de *constitucionalização do Direito* se demonstra necessário permitindo dotar a disciplina administrativa brasileira com uma “visa constitucionalizante” com a conseqüente revisão dos conceitos pertinentes do seu regime jurídico, fundado sob uma concepção autoritária e incompatível com a nova ordem constitucional que determina os princípios fundamentais do Direito Administrativo.¹¹⁰

O fenômeno de constitucionalização com a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa, portanto, a “força motriz” da mudança de paradigmas do direito administrativo, permitindo a impregnação da atividade administrativa por princípios e regras previstos na lei fundamental, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas do regime administrativo através de uma ótica constitucional.¹¹¹

A caracterização do Direito Administrativo a partir de uma perspectiva constitucional conduz necessariamente a reavaliação de seus dogmas e critérios, que devem ser substituídos pelos princípios que presidem o Estado Democrático de Direito e conduzem a adequação do interesse público enquanto principal finalidade do Estado aos “novos tempos” sob pena de perder a sua própria função que o justifica.¹¹²

Com a constitucionalização do Direito Administrativo não se pretende determinar a exclusividade do Direito Constitucional, mas permitir um diálogo entre as disciplinas jurídicas, em especial, no que tange a interpretação e aplicação de suas normas,

110 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso... Op. cit. p. 83.

111 BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 69.

112 MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El Interés General como Categoría Central de la Actuación de Las Administraciones Públicas, Actualidad Administrativa, Editorial La Ley, n. 8 abr/2010. p. 12-13.

que importa em uma crise não do Direito Administrativo, mas do modelo liberal que serviu inspiração, impondo a releitura de suas categorias a partir do Estado Democrático de Direito.¹¹³

Ademais, ressalte-se que as mudanças paradigmáticas promovidas pelo processo de constitucionalização do direito administrativo não importam em uma *privatização do direito público*, com a submissão do seu regime jurídico a institutos ou categorias oriundos da órbita privada, em um fenômeno correlato a uma suposta *publicização do direito privado*.¹¹⁴

Com a irradiação das normas constitucionais pelo ordenamento jurídico produz-se apenas uma *redução da dualidade* entre o direito público e privado mediante a criação de áreas de confluência entre ambos e a redefinição do seu campo de atuação, não pelos sujeitos envolvidos, porém, pela aferição da prevalência dos interesses em jogo¹¹⁵.

No entanto, a constitucionalização do direito produz um reflexo peculiar no âmbito do regime administrativo ao promover a releitura das suas categorias fundamentais adequando sua compreensão a nova postura de centralidade do homem na or-

113 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Constitucionalização do Direito Administrativo. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 31 e 33.

114 O processo de publicização do Direito Privado seria identificado, dentre outras inovações, pela valorização da função social da propriedade, para atender os fins colimados pelo Estado e por outra a privatização do Direito Público, individualizado, dentre outras novidades, pela transferência de atividades estatais para os entes privados. GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras in: Revista dos Tribunais, n 747, 1998 p. 38-40.

115 Não é possível, portanto, determinar o campo do direito público ou privado pela inexistência da intervenção pública na autonomia privada ou pela ausência de participação do cidadão nas esferas da Administração Pública, mas provavelmente pela prevalência do interesse público ou privado na relação. TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil in: TEPEDINO, Gustavo (Org). Temas de Direito Civil. Vol 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 19.

dem jurídica, além dos bens e valores constitucionais e a dimensão substantiva da democracia¹¹⁶.

O tema será tratado a seguir.

1.4. A reestruturação da dogmática administrativa à luz do constitucionalismo contemporâneo: da legalidade estrita a concretização dos valores constitucionais

Com o advento do Estado Liberal de Direito, a legalidade tornou-se postulado fundamental do Direito Público, vinculando o agir estatal à legislação emanada pelo poder competente segundo as prescrições formais, porém, independente do grau de adequação material a vontade de seus titulares¹¹⁷, sendo alçado, portanto, à parâmetro de juridicidade da Administração Pública.

Note, porém, que apesar dessa origem liberal e função de limitação do poder estatal, o direito administrativo encontrou sua construção teórica nas decisões da jurisdição administrativa france-

116 O reconhecimento dos direitos fundamentais e da democracia substancial projeta-se no direito administrativo gerando a inserção de novos paradigmas capazes de imprimir petica, legitimidade e eficiência na atuação administrativa. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós Moderno: Legitimidade: Finalidade: Eficiência: Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.19.

117 A expressão Estado de Direito foi cunhada pelo liberalismo para caracterizar um Estado contido em estritos limites legais que acabou gerando um legalismo formal que deixava em segundo plano a consideração dos direitos do homem, entendendo que a supremacia da lei era garantia suficiente contra os riscos do arbítrio, em uma visão puramente formalista que não liga a expressão Estado de Direito a um conteúdo ético, político e social, sem qualquer preocupação com a legitimidade do Direito, seja pela coincidência com a vontade dos seus membros na representação, seja pela promoção dos direitos ao qual está vinculado. DALLARI, Dalmo de Abreu. p. 174-177.

sa, que dissociada da atuação jurisdicional importou na sujeição da Administração à vontade heterônoma da lei, porém, na sua imunização ao controle pelos demais poderes públicos ou a sociedade¹¹⁸.

Há de se reconhecer, que a Administração Pública no Estado Moderno Liberal é marcada por um “compromisso teórico” entre elementos *liberais* – com a consagração do Princípio da Separação dos Poderes e a garantia dos direitos individuais de feição nitidamente econômica – e *autoritários* – como a criação de um estatuto especial de atuação e de controle para a Administração Pública.¹¹⁹

Assim, é possível afirmar que neste momento histórico havia uma “certa continuidade entre os modelos de Estado absoluto e liberal”, dogmaticamente traduzido pelo reconhecimento dos direitos civis e políticos nas relações com o poder político, mas a negação de direitos na relação entre os cidadãos e o poder administrativo que ostentava posição desigual e prerrogativas.¹²⁰

Estruturou-se, portanto, a dogmática administrativa em premissas teóricas que refletiam na tensão dialética entre a lógica da *autoridade* - exteriorizada na continuidade e preservação das instituições - e a lógica da *liberdade* - antevista na promoção das conquistas liberais e democráticas, o instrumental normativo de manutenção da parcialidade e desigualdade que compunham o *status quo*¹²¹.

118 Rompe-se, portanto, com o mito do surgimento da Administração Pública pela milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos fundamentais. O modelo administrativo francês, onde a burocracia edita suas leis e tem sua jurisdição própria para julgá-la é a própria antítese da separação dos poderes. Sobre o tema: BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo.. Op. cit. Capítulo 1.

119 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 1996. p. 38.

120 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. p. 50 e 57.

121 Importa na consolidação de um modelo patrimonialista marcado pelo predomínio da corrupção, do nepotismo e da ineficiência na gestão estatal. Embora na nossa realidade administrativa, ocorra a transição juspolítica do modelo burocrático

Entretanto, com a ascensão de um Estado Constitucional de Direito, o reconhecimento da normatividade da Constituição com a consolidação de sua supremacia hierárquica e axiológica na ordem jurídica, bem como, o advento da pluralização das fontes normativas redimensionaram a juridicidade para além do fundamento positivista, adequando-a expansão do Direito além da lei e dando nova configuração ao princípio da legalidade¹²².

Com a elevação da Constituição a parâmetro de validade formal e material de todos os atos e normas que compõem o ordenamento jurídico, a legalidade passa a corresponder, em primeiro grau, à compatibilidade dos atos oriundos da Administração Pública com a carta magna e não com apenas a lei ou com a espécie normativa próxima como ocorria no modelo anterior¹²³.

Observa-se, portanto, uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa à Constituição independente da conformação legislativa, sem que resulte na exclusão como parâmetro de

para gerencial é possível verificar ainda resquícios deste modelo, exteriorizados na corrupção persistente, nas políticas paternalistas e na ineficiência dos serviços públicos. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000. FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 39 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000 e NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

122 Concorrem, portanto, com a crise da concepção liberal do princípio da legalidade decorrente dentre outros, pela inflação legislativa e da ascensão da sociedade de conhecimento que amplia a complexidade das demandas sociais e demanda por celeridade na persecução do interesse público. Sobre o tema: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização....* Capítulo II

123 Isto representa a substituição do parâmetro de juridicidade, ou seja, da reserva vertical da lei pela reserva vertical da Constituição. Neste tocante, a introdução pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 do efeito vinculante de súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal para a Administração Pública, demonstra que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade da atividade administrativa, e não o último, verificada após a compatibilidade com o decreto, regulamento, portaria ou demais que o ensejou. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 836.

validade da atividade administrativa a regulamentação dada pelo legislador ordinário através da lei ou das demais espécies normativas adequadas e, portanto, violação do espaço legítimo de atuação do Estado-Legislador¹²⁴.

A Administração Pública permanece em grau inferior adstrita à legislação, não podendo, sob a assertiva de encontrar fundamento direto na lei fundamental e a sua alegada aplicação otimizada, desvincular a atuação administrativa para além dos domínios da lei ou eventualmente contrária as suas prescrições, ignorando a deliberação promovida no âmbito infraconstitucional¹²⁵.

Entretanto, já sob a égide do Estado Constitucional de Direito sujeitam-se aos poderes públicos a um complexo de normas que emergem da matriz constitucional para disciplinar as suas atividades, impondo-lhe limites e deveres de atuação em um regime próprio e adequado a um sistema aberto e responsivo as mutações do núcleo social onde figura no vértice a Constituição.

Neste sentido, embora exerça a Constituição uma função de diretriz normativa legitimadora com a disciplina fundamental das

124 Corresponderia em último grau, a concessão ao agente administrativo de uma ampliação de sua margem de discricionariedade, de modo a ensejar sob a falsa alegação de aplicação da Constituição, uma burla a obrigatoriedade da lei, com fundamento em eventual desinteresse político na realização do interesse público nela colimado, afetando, por conseguinte a segurança jurídica, advinda do caráter geral, abstrato e obrigatório da lei, ao assegurar a previsibilidade das condutas e estabilidade das relações sociais. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 735.

125 O deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, não pode importar na ocupação de todo o espaço jurídico no Estado Democrático de Direito. Não é possível, que diante do Princípio Democrático, o administrador faça uma otimizada aplicação da Constituição com a ponderação direta entre os seus valores, em detrimento da norma infra-constitucional sem que importe em subtração da legitimidade conferida pelo povo ao legislador a editou, bem como violação ao sensível equilíbrio dos poderes, em razão da ingerência indevida na função tipicamente afetada a esse poder orgânico. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 38.

matérias espalhadas pelos ramos jurídicos, no que tange o direito administrativo a configuração instrumental, estrutural e finalística de sua atividade encontrar-se alicerçada, em maior parte, na própria lei fundamental corrobora com o processo de constitucionalização¹²⁶.

A institucionalização constitucional de um regime administrativo, com a enunciação dos princípios fundamentais, dissociação da função administrativa da atividade de governo, ampliação dos mecanismos de controle dentre outros, permite a imediata apreensão dos bens e interesses fundamentais a sociedade com a irradiação de seus preceitos pelas demais normas administrativas¹²⁷.

Inegável que o complexo de transformações sofridas pelo Estado, denotam o declínio de um modelo organizacional *burocrático* com epicentro no poder *racional-legal*, baseado no formalismo, hierarquia e controle rígido dos processos e a implantação de um perfil gerencial, alicerçado nos vetores de *eficiência* e *desempenho* torna-se outro elemento importante na filtragem constitucional¹²⁸.

126 Trata-se de traço característico das constituições latino-americanas, que se afastando do modelo europeu, atribuem as normas de organização e funcionamento da Administração Pública um status constitucional, assumindo a lei fundamental um papel de fonte primária de direito administrativo. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 79-80.

127 Destaca-se, todavia, os riscos desse processo de incorporação de matéria eminentemente ordinária ao texto constitucional, que pode gerar desde o engessamento da atividade administrativa, até seu reformismo crônico ou permitir a perniciosa influência do corporativismo ou do casuísmo na definição do regime jurídico-constitucional administrativo. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 26-27.

128 A ascensão do modelo gerencial na Administração Pública com a análise das principais transformações jurídico-institucionais que buscaram atribuir com o emprego do profissionalismo, neutralidade e técnica na atividade administrativa, um acréscimo no grau de legitimidade, eficiência e racionalidade à persecução do interesse público, foi amplamente abordado em: MOURA, Emerson Affonso da Costa.. Agências, Expertise e Profissionalismo. O Paradigma da Técnica na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, v. 254, p. 67-94, 2011.

Igualmente que as sucessivas reformas constitucionais que oferecem os instrumentos necessários à racionalização da gestão pública e organizações estatais existentes imprimindo *legitimidade*, *eficiência* e ética na persecução do interesse público, impõem o realinhamento dos institutos, categorias e normas ao novo perfil administrativo-constitucional do Estado Brasileiro¹²⁹.

Porém, é com a irradiação das regras e princípios fundamentais que não versam sobre a matéria administrativa, que se consolida a constitucionalização do direito administrativo promovendo a superação dos paradigmas tradicionais e as mudanças no regime jurídico-administrativo, adequando a relação entre Administração e Administrado à ótica constitucional¹³⁰.

A assunção pela Constituição do epicentro da ordem jurídica representa, portanto, a força motriz de consolidação das mudanças que tem sofrido o regime administrativo brasileiro com a impregnação de seus institutos, normas e categorias administrativas pelos princípios e regras fundamentais, voltando sua atuação à concretização dos bens e valores essenciais da sociedade.

Por efeito, a Administração Pública em geral encontra-se sob a reserva dos bens e valores constitucionais, de tal sorte que, no exercício de sua atividade, seja no exercício precípua da atividade *admi-*

129 As sucessivas reformas administrativas buscaram aumentar a capacidade do Estado de forma a dispô-lo de meios necessários para intervir efetivamente na sociedade, através da redução expressiva de sua atuação econômica com a transferência de sua atividade para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações. 4 ed rev, atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 434-435.

130 Com a constitucionalização do direito e a irradiação dos direitos fundamentais, observa-se uma funcionalização da atividade administrativa, para a efetiva, eficiente e legítima realização dos direitos das pessoas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo... Op. cit. p. 44-45.

nistrativa, mas também de funções residuais com a atividade *legislativa* ou *jurisdicional*, há o dever específico de tutela e concretização dos preceitos constitucionais, inclusive, os direitos fundamentais¹³¹.

Isso importa na execução apenas de leis adequadas *formal* e *materialmente* aos preceitos constitucionais consagradores daqueles direitos, além da interpretação de suas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, bem como, exercício da discricionariedade administrativa, em conformidade com os bens e valores constitucionais, inclusive, os direitos fundamentais¹³².

Portanto, se no século XIX a lei e a fruição da liberdade individual se tornaram núcleo do Direito Público com o reconhecimento do dever estatal de não intervir na autonomia individual, no século XX, a Constituição e o reconhecimento dos direitos sociais, impõe ao Estado deveres positivos e obrigações que devem corresponder aos direitos e pretensões do administrado¹³³.

131 Note que a vinculação não abrange apenas a Administração Pública Direta, mas também, a Indireta, não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas aquelas de direito privado vinculadas à Administração, em todas as suas formas de atuação, seja desde os actos normativos típicos (regulamentos...) às várias medidas administrativas ou decisões de cunho jurisdicional, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum atos dos entes públicos é livres dos direitos fundamentais. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 579-580.

132 Decorre do dever da Administração não apenas de executar a lei em razão do Princípio da Legalidade da Separação e Independência dos Poderes, mas ao Princípio da Constitucionalidade como guardião dos direitos fundamentais em face de leis que claramente a violam. A inexistência de um preceito expresso de rejeição da lei inconstitucional pela Administração Pública, não impede a obrigatoriedade, da mesma lançar um “olhar preventivo” relativamente a leis cuja inconstitucionalidade é evidente ou altamente provável, em razão da prevalência do princípio da vinculatividade imediata das normas garantidoras dos direitos, liberdades e garantias em relação ao princípio da legalidade. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 584-585.

133 O centro de gravidade da ordem jurídica transita do individual para o social, impondo ao Estado a concretização daqueles direitos fundamentais, mediante deveres positivos e obrigações de fazer, aos quais correspondem direitos e pretensões

Assentou-se a disciplina administrativa tipicamente em um modelo formal subordinativo de relação entre Administração Pública e o administrado de natureza notadamente *unilateral, subordinativo* e *esporádico* com o predomínio da coerção e da exclusividade estatal na definição e persecução dos interesses sociais e equidistância e hierarquia em relação aos interesses particulares¹³⁴.

Porém, com ascensão axiológica da Constituição Federal com a centralidade dos direitos do homem, apreende-se uma nova ordem consensual de relação entre Administração e Cidadão, com cunho eminentemente multilateral, coordenativo e contínuo, baseado na centralidade do indivíduo e na ampliação dos espaços que propiciem sua participação na gestão pública e a durabilidade das relações administrativas¹³⁵.

Envolve a orientação da persecução estatal à promoção dos direitos e garantias do homem, reordenando além da relação entre a Administração Pública e o Administrado ao eixo nodal da dignidade da pessoa humana e a persecução do desenvolvimento e

do administrado. TÁCITO, Caio. Proteção dos Direitos Fundamentais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 194, p.1-2 out/dez 1993.

134 A Administração Pública Subordinativa de irradiação hierarquizada e linear começa a apresentar esgotamento de suas formas de atuação coercitiva no campo da gestão dos interesses públicos com a inviabilidade de atendimento das múltiplas demandas sociais oriunda da crescente complexidade da sociedade. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-27.

135 Com a centralidade do indivíduo na ordem jurídica, a Administração Pública tende a centro de convergência de interesses e de dignificação da pessoa humana, elevando o administrado a condição de cidadão e substituindo o modelo autoritário de gestão pública para a ordenação dos múltiplos interesses sociais mediante a participação desse indivíduo influenciando e persuadindo a tomada de decisões. BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p. 128-130.

dos direitos fundamentais encontrando na regulação estatal e nos serviços públicos importantes instrumentos.¹³⁶

A intervenção administrativa do Estado na atividade econômica, portanto, não se limita a condução dos agentes econômicos a uma situação de mercado ideal com proteção da concorrência e do lucro, mas deve ter por finalidade conduzir os esforços públicos e privados ao desenvolvimento e ao bem-estar social¹³⁷, bem como, a realização dos demais valores constitucionais impostos à ordem econômica ou o sistema jurídico como um todo.

Os serviços públicos tornam-se instrumentos para a realização dos bens e valores constitucionais, bem como, dos seus princípios e objetivos fundamentais, ao garantir através do oferecimento de bens e utilidades essenciais, as prestações positivas necessárias à realização de um núcleo mínimo necessário à preservação da dignidade da pessoa humana e realização dos direitos fundamentais.

Os pilares que são apontados pela literatura tradicional como aqueles que sustentam o regime jurídico-administrativo – o inte-

136 A centralidade assumida pelos direitos fundamentais na ordem jurídica produz uma inversão epistemológica fundamental, que torna o ser humano protagonista do direito administrativo e o Estado instrumento para a sua realização, extraindo a legitimidade de sua atuação na medida da realização destes direitos. JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de Espetáculo. Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n 100 p. 150-152. jun. 2009.

137 Trata-se de uma intervenção promocional do Estado em países subdesenvolvidos com fins a garantir o bem-estar social e o desenvolvimento. Em um Estado Democrático de Direito o desenvolvimento econômico não pode ser deixado nas mãos do próprio mercado, diante do dever de administração e de desenvolvimento definido pela Constituição. A intervenção não gravita mais de forma a garantir um mercado concorrencial perfeito como ocorrido em momento anterior, mas em respeito à justiça social e ao princípio da dignidade da pessoa humana. MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro in: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord). Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 856-857 e 868.

resse público, a discricionariedade e as prerrogativas administrativas – também diante da supremacia axiológica da Constituição e a centralidade assumida pelos direitos fundamentais são reordenados a fim de garantir a concretização dos referidos preceitos à luz dos princípios administrativos.

O tema será tratado a seguir.

1.5. O papel dos princípios e dos direitos fundamentais na construção de uma nova hermenêutica para as categorias administrativas

Sob o influxo dos pilares do constitucionalismo contemporâneo, a dogmática jurídica estrutura-se no reconhecimento da normatividade dos princípios e de sua centralidade no sistema jurídico, garantindo além de sua dimensão ética a aplicabilidade direta e imediata no caso concreto, bem como, se apóia na sua distinção qualitativa com as regras, resgatando a primazia de valores na ordem constitucional¹³⁸.

Ordinariamente, as regras são reconhecidas como proposições normativas, porém, dotadas de reduzido grau de abstração e generalidade, uma vez que descrevem uma situação de fato definindo a sua consequência jurídica com, portanto, aplicação

138 Insere-se, portanto, na reaproximação entre Direito e Ética proposto pelo pós-positivismo que inspirada na teoria da justiça e da legitimidade democrática, propõe a reentronização dos valores na interpretação jurídica, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Sobre o tema: BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo in: QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. Direito Constitucional Brasileiro: Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 49-61.

imediate através da subsunção ao caso concreto e a resolução de conflitos resolvidos apenas através da dimensão da validade¹³⁹.

Possuem, portanto, um menor fundamento ético que os princípios enquanto enunciados normativos dotados de elevado grau de abstração e generalidade, que veiculam os valores ou decisões fundamentais, que orientam a produção, interpretação e aplicação das regras, sujeitos a aplicação otimizada no caso concreto e a resolução de conflitos resolvidos na dimensão do peso¹⁴⁰.

Com o processo de constitucionalização do direito, promove-se a irradiação dos princípios fundamentais veiculados pela norma fundamental através da ordem jurídica, condicionando a interpretação dos institutos, categorias e normas afetas aos ramos jurídicos, aos valores a serem preservados ou os objetivos a serem alcançados pela diretiva política e social traçada na Constituição.

Na órbita administrativa, a incidência dos preceitos constitucionais fundamentais produz um processo de redimensionamento dos tradicionais princípios gerais administrativo, adequando-os aos valores fundamentais da ordem jurídica e as transformações paradigmáticas deste ramo jurídico, que erigem os pilares de um direito administrativos por alguns designados como pós-moderno¹⁴¹.

139 As regras veiculam, portanto, mandados de definição possuindo uma natureza biunívoca, ou seja, admitindo apenas a possibilidade de sua incidência quando válida ou de sua não aplicação quando não válida. Os princípios, ao contrário, exteriorizam mandados de otimização, que permitem a sua aplicação em distintos graus, de acordo com as possibilidades do caso concreto e do direito. ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 81 e 86

140 Identificam-se, portanto, os princípios pelo conteúdo ético que veiculam, impondo a sua obediência antes pelo reflexo da exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade que veiculam, do que pela autoridade ou procedimento que o originam. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

141 Trata-se do principal reflexo da constitucionalização do direito administrativo a influência da nova principiologia constitucional que ocasiona a atração do

Compreende o regime administrativo as proposições normativas essenciais que informam e orientam a gravitação geral dos seus institutos e categorias de forma a preservar a unidade, racionalidade e coerência sistemática da ciência, dentre as quais extraímos o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência para efeitos de breve análise.

Desde o advento do Estado Liberal, tem sido empregada a legalidade enquanto vinculação do agir estatal a legislação emanada pelo poder competente segundo as prescrições formais independente do grau de adequação material a vontade de seus titulares e os eventuais limites da representatividade, como parâmetro para aferir a juridicidade da Administração Pública¹⁴².

Entretanto, o reconhecimento da normatividade da Constituição com a consolidação de sua supremacia hierárquica e axiológica na ordem jurídica, bem como, o advento da pluralização das fontes normativas redimensionam a juridicidade para além do fundamento positivista, adequando-a expansão do Direito além da lei e dando nova configuração ao princípio da legalidade¹⁴³.

Como visto, com a elevação da Constituição a parâmetro de validade de todos os atos e normas que compõem o ordenamento jurídico,

direito administrativo para a zona de irradiação do constitucionalismo moderno, se perfazendo sobre o seu regime valores como democracia, dignidade da pessoa humana e moralidade, e voltando a sua atuação a realização dos interesses do cidadão. BAPTISTA, Patricia. Ob. cit. p. 88

142 Restringe-se, portanto, a atuação administrativa à prévia prescrição ou autorização legal, independente do conteúdo do diploma legal, ainda que produzido por regime de duvidosa legitimidade ou com patente violação a direitos da própria sociedade. É clássica a lição de Hely Lopes Meirelles, de quem enquanto aos particulares é lícito fazer tudo que a lei não proíbe na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 88.

143 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. cit. Capítulo II

a legalidade passa a corresponder, em primeiro grau, à compatibilidade dos atos oriundos da Administração Pública com a carta magna e não com a lei ou com a espécie normativa próxima, o que ocorre não apenas em uma perspectiva formal, mas igualmente material.

Perde, portanto, a lei o status de fonte normativa única da juridicidade, para assumir o papel de espécie normativa *privilegiada* em um domínio fracionado pela normatividade complementar, ou seja, por um complexo de normas editadas pela própria Administração Pública, no interior do campo normativo traçado pelo legislador ou da competência dos órgãos autônomos¹⁴⁴.

Agrega-se à legalidade revistada de valores materiais através da adoção do princípio da juridicidade, a legitimidade como indissociável projeção do princípio democrático, de modo a exigir da atuação da Administração Pública não apenas a sua conformidade com a ordem jurídica globalmente considerada, mas, também, com a vontade emanada da sociedade pluralisticamente definida¹⁴⁵.

Redefine-se, também, a juridicidade a partir da confluência da ilicitude enquanto a construção objetiva e precisa da moralidade administrativa como uma moral de *resultados*, exteriorizada no comportamento ético exigido do agente na consecução das fina-

144 Na constelação de normas editadas pela Administração Pública para regular as matérias originariamente de seara da competência legislativa mediante delegação, conserva a lei sua primazia na vinculação da Administração Pública, sob a égide da Constituição. Neste sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 39.

145 Com as transformações ocorridas na concepção da legalidade e a percepção de áreas da atividade administrativa que escapam do domínio da lei formal, a legitimidade da Administração Pública que antes permanecia circunscrita à própria lei editada segundo as prescrições formais torna-se insuficiente, sendo necessários novos fundamentos capazes de garantir o fundamento de sua atuação. BAPTISTA, Patrícia. *Ob. cit.* p. 112-116.

lidades colimadas pela sociedade, e não a moral das intenções, de índole comum e despida de força cogente.¹⁴⁶

Sua irradiação pela ciência administrativa fundamenta, por exemplo, a *prudência fiscal* que pode ser explicitada no *standard* comportamental de observância obrigatória na gestão dos recursos da sociedade, que impõe um elevado grau de cuidado e moderação nos gastos públicos, bem como, a sua alocação moralmente adequada à proteção e promoção dos direitos fundamentais¹⁴⁷.

Igualmente, também, amplia-se a compreensão da moralidade administrativa, enquanto um complexo de regras de condutas e princípios éticos extraídos da disciplina da Administração Pública que devem ser observadas na persecução do interesse público, bem como, os deveres anexos de lealdade e boa-fé que deve proceder a atuação dos seus agentes em relação ao administrado¹⁴⁸.

Com a reaproximação do Direito e Ética exteriorizada na crescente tutela dos valores morais pelos preceitos constitucio-

146 Corresponde a ilicitude o fundamento moral da juridicidade, que busca se aproximar a ordem jurídica do conceito ideal de justiça, incorporando uma dimensão ética ao Estado Democrático de Direito. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público...* Ob. cit. p. 34.e *Mutações de Direito Administrativo...* Ob. cit. p. 75.

147 A improbidade administrativa se configura como uma espécie de imoralidade administrativa moralmente qualificada, uma vez que, embora fundamente a anulação do ato lesivo, a imposição das sanções será definida de acordo com o grau de lesividade do ato à moralidade administrativa. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público...* Ob. cit. p. 32.

148 Na relação com o administrado importa na vedação de qualquer conduta astuciosa ou maliciosa produzida de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício dos direitos do cidadão, inclusive, com a modificação de orientações firmadas pela Administração Pública em dada matéria, sem prévia e pública notícia com o intuito de sancionar ou agravar a situação dos administrados. MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 115-116.

nais¹⁴⁹ e previsão de instrumentos processuais de sua garantia¹⁵⁰, amplia-se a dimensão ética da moralidade administrativa, que passa a ser balizada por aqueles valores, mas demanda a atuação estatal por outros parâmetros como razoabilidade e justiça¹⁵¹.

Orienta e direciona a atividade administrativa, de modo a preservar, também, os direitos fundamentais incidente na relação da Administração Pública com o administrado, bem como, garantir a adequada promoção da chamada *boa administração* mediante a sujeição dos poderes públicos a submissão dos preceitos ético-normativos no exercício de suas atividades de prossecução do interesse público.¹⁵²

Verifica-se uma transmutação, igualmente, no princípio da impessoalidade, onde é usualmente ligada com a *finalidade públi-*

149 Veicula a Constituição inúmeros princípios e regras que consagram a diretiva moral o, dentre eles princípios fundamentais (dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz...), direitos fundamentais (vedação a tortura e o tratamento desumano, proibição de associação para fins ilícitos...) normas de organização (perda de mandato por falta de decoro parlamentar) entre outros.

150 Destacam-se a ação popular par anular ato lesivo a moralidade administrativa, mandado de segurança contra abuso de poder, suspensão dos direitos políticos por ação de improbidade administrativa, a denúncia de irregularidades aos Tribunais de Conta sobre irregularidades, ilícitas ou imorais, na gestão pública, impeachment do Presidente da República que atentem contra a probidade da Administração entre outros.

151 Corresponde a moralidade juridicizada, que impõe ao Administrador não apenas o estrito cumprimento da legalidade, mas o exercício de seus deveres e prerrogativas balizado por parâmetros de razoabilidade e justiça, de modo regular e informado pelos princípios éticos.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Comentários à Constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p 89-90.

152 Embora o modelo liberal propusesse a democratização do poder, observou-se com a submissão da Administração Pública ao direito, o afastamento dos cidadãos nas decisões políticas com fortalecimento da burocracia e da democracia indireta, o que ocasionou o afastamento das decisões públicas dos princípios morais. Propõe-se com a virada kantiana essa reaproximação do direito com os valores da ética e justiça e a respectiva submissão dos poderes públicos. BRAGA, Pedro. Ética, Direito e Administração Pública. 2 ed. rev. e atual. Brasília: Senado Federal, 2006. Capítulo V.

ca, vedando a distinção de tratamento entre os administrados que estejam em situações jurídicas idênticas e a persecução de interesses privados, bem como, impõe a *imputabilidade* dos atos emanados de seus agentes ao respectivo órgão da Administração Pública¹⁵³.

Neste tocante, a criação de agências responsáveis pela regulação do mercado, de forma a garantir a universalidade, qualidade e acessibilidade dos serviços públicos prestados a sociedade, bem como, o fomento a competição e o lucro para a iniciativa privada, trouxe por via reflexa um novo paradigma para este princípio administrativo, que se estende não apenas ao direito administrativo regulatório¹⁵⁴.

Enquanto autarquias dotadas de autonomia reforçada, a atuação das agências reguladoras é revestida de caráter *técnico*, decorrente das inovações tecnológicas e crescente complexidade do sistema social, que impõe aos seus dirigentes e agentes, conhecimentos especializados para o exercício do seu feixe de atribuições normativas, gerenciais, fiscalizadoras e arbitradoras¹⁵⁵.

153 Irradia-se, também, sobre o exercício de fato da ação administrativo, de modo a reconhecer a validade dos atos praticados por agente irregularmente investido no cargo ou função, uma vez que, pertencem a Administração Pública sendo emanados do órgão e não do sujeito administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito... Op. cit. p. 64-65.

154 Torna-se necessária a distinção entre agências reguladoras destinadas a intervenção no mercado sobre o prisma da relação oferta-demanda dos serviços prestados sob a execução da iniciativa privada, garantindo a viabilidade e continuidade da competição, bem como, a acessibilidade dos preços e qualidade dos serviços públicos, das agências executivas responsáveis por executar diretamente as políticas formuladas pelo núcleo estratégico da Administração Pública. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p 226-228.

155 Diante dos fenômenos industriais e pós-industriais a vida social passa a fundar-se não apenas em valores preponderantemente políticos, mas em fatores técnicos, de modo que ainda onde haja prevalência das primeiras, o seu exercício não pode ser realizado sem subsídio dos conhecimentos especializados. Sobre o tema, consulte: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Capítulo II.

Por efeito, há um rompimento do *continuum* político-administrativo¹⁵⁶ com delineamento de uma neutralidade política na Administração Pública, que permite baseado na *tecnicidade*, lastrear um maior grau de *eficiência*, *racionalidade* e *legitimidade* à persecução do interesse público, superando as limitações do sistema fundado na *politicidade* e nos espaços livres de discricionariedade.

Neste tocante, o paradigma da *neutralidade* restringe-se não apenas a regulação econômica, mas tem aplicação no exercício da atividade administrativa permitindo na resolução de qualquer conflito de interesse, a assunção de uma posição valorativa de simultânea e igual consideração e todos os interesses em presença em observância ao valor de justiça e as regras de jogo isonômicas¹⁵⁷.

Coaduna com o fenômeno de complexidade e multiplicidade das funções públicas que impõe uma ação administrativa mais justa e a necessidade da garantia de estabilidade na função pública, que permite a atuação dos agentes permanentes garantindo um pouco mais de independência das pressões políticas de um governo transitório, garantindo a persecução eficiente do interesse público¹⁵⁸.

156 A expressão deve-se ao professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto que se refere no direito comparado a tendência de criação de entes politicamente neutros na pirâmide político-burocrática do Estado. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-166.

157 Note que a neutralidade não impõe ao Estado atitudes de abstenção, mas propriamente uma conduta de isenção na valoração dos interesses em conflitos. MACHADO, João Baptista. Participação e Descentralização: Democratização e Neutralidade na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 1982. p. 145.

158 O insulamento da administração pública, enquanto atividade contínua e voltada à satisfação dos interesses públicos das pressões políticas do governo em exercício, cujos interesses são modificados de acordo com os partidos políticos no poder é uma das grandes dificuldades da democracia moderna. Segundo aponta Garrido Falla a necessária neutralidade administrativa somente pode ser obtida mediante a profissionalização da função pública com o acesso condicionado ao merit system.

O processo de constitucionalização do direito administrativo também altera o princípio da publicidade que usualmente abrange o dever de ampla divulgação dos atos emanados pela Administração Pública pelos diversos meios de comunicação disponíveis de modo a garantir aos cidadãos o exercício do controle do grau de legitimidade dos agentes administrativos e de eficiência da promoção dos bens e serviços essenciais à sociedade¹⁵⁹.

Sob a irradiação do princípio democrático, assume um redimensionamento como o princípio da transparência administrativa que transcende o mero dever formal de informação, mas conduz a visibilidade plena da atuação estatal, mas também, a viabilização da efetiva participação popular no que tange a deliberação pública acerca dos interesses socialmente almejados.¹⁶⁰

De certo, não se ignora as dificuldades na efetivação da participação dos cidadãos na gestão pública. Observa-se atualmente, dificuldades oriunda do persistente desinteresse e apatia da sociedade pelo debate político¹⁶¹, bem como, a persistente atuação bu-

FALLA, Fernando Garrido. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Tecnos, 1994. v 1-2. p. 60-62.

159 Corresponde a um dever que vincula, não apenas as pessoas administrativas, mas qualquer outra que realize a gestão dos interesses públicos, exceto nas hipóteses de sigilo em que a eventual excepcionalidade da situação e os riscos de eventual divulgação podem acarretar, permitindo que na ponderação constitucional entre a informação e o direito do sigilo e intimidade, preservem-se os últimos valores. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito Administrativo e Administração Pública. 17 ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 21-22.

160 Corresponde, portanto, a princípio intimamente ligado à própria concepção de Estado Democrático de Direito, que busca trazer a efetividade ao exercício dos direitos políticos mediante a visibilidade dos atos praticados pelos poderes estatais. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Transparência Administrativa: Publicidade, Motivação e Participação Popular. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 07.

161 Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a

rocrática, autoritária e hierarquizada dos poderes estatais no que tange a gestão político-administrativa dos interesses públicos¹⁶².

Neste tocante, erige-se o princípio da transparência atos estatais, como instrumento que pretende ser capaz de viabilizar mediante a visibilidade na gestão pública o debate político¹⁶³, o fortalecimento sociocultural da cidadania e fomento da participação popular, bem como, o aperfeiçoamento da gestão estatal e dos instrumentos jurídicos do necessário controle social da atuação administrativa¹⁶⁴.

Por fim, a recondução do regime administrativo aos preceitos constitucionais compreende o princípio da eficiência o dever de melhor realização da gestão dos interesses públicos pela Administração Pública de forma a garantir a plena satisfação dos direitos

falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação in RDE ano 3, N. 12. Out/dez 2008. p. 82-84.

162 O comportamento autoritário e endógeno dos poderes instituídos, que consideram existir uma auto-suficiência gerencial e política em relação à sociedade, dificulta o exercício do controle social, criando uma relação artificial e de distanciamento entre os poderes constituídos e a comunidade que deveriam servir. LEAL, Rogério. O Controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, n. 13, jul/set 2003. p. 158.

163 Apenas com o conhecimento das informações referentes à elaboração e execução dos planos governamentais, bem como, da estrutura e modo de atuação dos órgãos político-administrativos envolvidos é capaz de ser realizado o controle social permitindo que os cidadãos possam influir na ação estatal. MILESKI, Helio Saul. Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial. Interesse Público n. 36 mai/abr 2006. p. 87.

164 Exerce especial relevo no controle social promovido no âmbito das políticas públicas, onde o

a avaliação de sua implantação e monitoramento da eficiência dos processos e resultados no oferecimento dos bens e interesses socialmente almejados, mediante a disponibilização pelos poderes público do acesso às informações e os dados obtidos, auxilia na promoção da responsabilização dos seus agentes. O tema foi amplamente abordado em: MOURA, Emerson Affonso da Costa.. Políticas Públicas, Controle Social e Orçamento Participativo. Revista de Direito Tributário (São Paulo), v. 114, p. 154-182, 2011..

dos cidadãos com os menores custos possíveis para a sociedade, em observância aos preceitos de neutralidade, ética e transparência¹⁶⁵.

Com o reconhecimento da aplicabilidade imediata e direta dos preceitos constitucionais, consolida-se na dogmática constitucional um novo plano de análise normativa, a *eficácia* que impõe uma maior aproximação cabível entre o dever ser normativo e o ser da realidade social, impondo na interpretação a eleição da alternativa que garanta a atuação da vontade constitucional.¹⁶⁶

Neste tocante, a eficiência deve ser compreendida como a efetividade que deve ser alcançada no campo *político-administrativa* - mediante sua atuação nas relações multilaterais de nível global, regional e bilateral - *econômico* - através do incremento na produção de bens e serviços com redução do insumo - *social* - com a produção de serviços públicos com celeridade e qualidade.¹⁶⁷

Isto impõe o emprego de técnicas administrativas modernas oriundas da iniciativa privada, que permitem a transmutação de uma gestão de natureza *burocrática* - voltada à eficácia organiza-

165 Abrange a eficiência o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade dos bens comuns, mediante a observação da neutralidade, ética e transparência, bem como, na participação e aproximação dos serviços públicos da população, que impõe a desburocratização e a busca da qualidade. MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 34-36.

166 O tema tem origem na doutrina brasileira da efetividade, um movimento jurídico-acadêmico que procurou elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional e superar dentre outras questões a insinceridade normativa que vigia no país. Consulte-se por todos, o seu mais notável precursor: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

167 No paradigma da efetividade busca-se a produção de resultados legítimos e eficientes, ou seja, embora postulado que rege a conduta interna da Administração Pública na sua sujeição a aferição em função da satisfação dos legítimos anseios e expectativas dos cidadãos na realização dos bens e interesses constitucionais. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro... Ob. cit.* p. 103.

cional e a obediência das prescrições formais - para uma eminentemente *profissional* - adstrita a eficiência dos resultados e a flexibilidade dos processos - na organização pública.

Compreende, portanto, a racionalização do emprego dos recursos disponíveis para a Administração Pública, mediante a *modernização* de suas estruturas, a *gestão responsável* dos bens públicos e o *aprimoramento e qualificação* de seus agentes com a constante avaliação da *celeridade e economicidade*, alcançando a correção das distorções que ocorrem na ação administrativa¹⁶⁸.

Note que, a ascensão do Estado Constitucional de Direito marcado pela afirmação da supremacia da Constituição na ordem jurídica e a centralidade dos direitos fundamentais¹⁶⁹, bem como, o processo de constitucionalização do regime administrativo conduzirá uma adequação dos princípios da matéria aos bens e valores constitucionais e um giro epistemológico na interpretação administrativa.

Como visto, o “enraizamento profundo” dos elementos da origem monárquica e fruto das decisões do Conselho de Estado Francês na construção da disciplina jurídico-administrativa¹⁷⁰, convergiu com uma concepção de Estado de Direito em sentido fraco, já que voltado precipuamente aos elementos *formal*, de res-

168 Neste tocante, apresentam conexos a gestão responsável e o controle de desempenho como formas de garantir eficiência na atividade administrativa. Isto envolve necessariamente uma mudança de atitude dos entes, órgãos e agentes envolvidos em ambos os processos. COUTINHO, José Roberto de Andrade. Gestão Patrimonial na Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 34-35.

169 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado... Op. cit. p. 31 e 34.

170 CHEVALLIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel in: Le Droit Administratif en Mutation. Paris: Centre Universitaire de Recherches Administratives Et Politiques de Picardie, 1993. p. 13.

peito à lei¹⁷¹ e, portanto, produziu reflexos na hermenêutica dos institutos e categorias administrativas.

Inexorável, que tal tensão é conduzida na estruturação da disciplina brasileira, a previsão em um primeiro momento, de uma hermenêutica administrativa centrada, não apenas na posição da supremacia da Administração Pública em relação ao particular, mas igualmente no reconhecimento de uma presunção de legitimidade dos seus atos e um espaço amplo de discricionariedade administrativa¹⁷².

A transformação da hermenêutica administrativa liga-se não ao fenômeno de constitucionalização-inclusão com a previsão das matérias na lei fundamental, a própria superação da rigidez do legalismo liberal, de forma que, adotar-se-á na interpretação não apenas o respeito as normas administrativas, mas a sua leitura a partir da Constituição, com os seus princípios e direitos fundamentais.

Por efeito, não é o status constitucional assumido pela principiologia administrativa fundamental com a Constituição Federal de 1988 que produz alteração substancial na hermenêutica das categorias, institutos e normas do regime administrativo, mas o processo de constitucionalização-releitura da disciplina, que busca adequá-la aos bens e valores constitucionais.

A prossecução do interesse público, o espaço decisório na discricionariedade administrativa e as prerrogativas na ação administrativa vinculados exclusivamente à lei, o tratamento igual dos administrados, aos códigos éticos internos, a divulgação formal dos atos e ao controle do procedimento assumem novas feições pela irradiação dos preceitos constitucionais como o princípio democrático, da isonomia, da juridicidade e da efetividade.

171 ZAGRELBESKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil...* Op. cit. p. 22-23.

172 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 49.

Neste viés, essas novas dimensões dos princípios da legalidade – ampliado pela juridicidade e revisitado pela legitimidade – impessoalidade – dotado de neutralidade nas questões técnicas – moralidade – envolvido com outros preceitos éticos – publicidade – ligado com o princípio democrático – e eficiência – associado ao controle de resultado determinam uma nova interpretação das categorias fundamentais.

Porém, igualmente o processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais garante a proteção do processo político majoritário e torna critério de interpretação do direito infraconstitucional, que devem se adequar as suas prescrições, impondo deveres de tutela ao ente estatal e garantindo a adoção de uma hermenêutica capaz de garantir a sua plena concretização¹⁷³.

Esse processo de reconhecimento da natureza de critério de interpretação dos direitos fundamentais, das normas, categorias e institutos de todos os ramos do Direito, que corresponde a um fenômeno de abertura constitucional¹⁷⁴ conduzirá a transformações na hermenêutica administrativa, já que demandará uma revisão

173 A dimensão objetiva, portanto, é aquela cuja percepção independe de seus titulares, ou seja, dos sujeitos de direito, e que oferecem controle de ação estatal, que devem ser aplicados independente de intervenções ou violações de direitos fundamentais, bem como da reclamação por seu titular. Assim, enquanto: caráter de normas de competência negativa, enseja o autocontrole abstrato de constitucionalidade das normas, mediante a legitimidade dada as autoridades estatais; como critério de interpretação do direito infraconstitucional, impõe a interpretação conforme a Constituição pelo aplicador do Direito; Por fim, enquanto dever estatal de tutela, impõe a postura de proteção ativa do Estado nas violações. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 118-121.

174 É alçado em forja central da eclética e difusão produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio Sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 20-21.

de suas categorias, bem como, suas interpretações que contemplem a pessoa humana e os seus direitos.¹⁷⁵

Isto importa que a Administração Pública passa a encontrar-se sob a reserva dos princípios e direitos fundamentais, de tal sorte que, no exercício da persecução do interesse público, no espaço de discricionariedade administrativa e no uso das prerrogativas, há o dever específico de respeito e promoção dos princípios jurídico-constitucionais e dos direitos do homem¹⁷⁶.

Ademais, importa que na hermenêutica administrativa, a interpretação das regras jurídicas, em especial, daquelas que veiculem cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, devem garantir a sua conformidade não apenas com suas categorias fundamentais – como o interesse público ou discricionariedade – mas igualmente com os direitos fundamentais¹⁷⁷.

175 TACITO, Caio. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 81, p. 166, 1986.

176 Note que a vinculação não abrange apenas a Administração Pública Direta, mas também, a Indireta, não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas aquelas de direito privado vinculadas à Administração, em todas as suas formas de atuação, seja desde os actos normativos típicos (regulamentos...) às várias medidas administrativas ou decisões de cunho jurisdicional, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum atos dos entes públicos é livres dos direitos fundamentais. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 579-580.

177 Decorre do dever da Administração não apenas de executar a lei em razão do Princípio da Legalidade da Separação e Independência dos Poderes, mas ao Princípio da Constitucionalidade como guardião dos direitos fundamentais em face de leis que claramente a violam. A inexistência de um preceito expresso de rejeição da lei inconstitucional pela Administração Pública, não impede a obrigatoriedade, da mesma lançar um “olhar preventivo” relativamente a leis cuja inconstitucionalidade é evidente ou altamente provável, em razão da prevalência do princípio da vinculatividade imediata das normas garantidoras dos direitos, liberdades e garantias em relação ao princípio da legalidade. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 584-585.

Isto significa na interpretação das regras e princípios administrativos, no reconhecimento da dimensão *negativa* - de abstenção ou tolerância no exercício das liberdades pelo seu titular – e *positiva* – de no exercício da atividade pela Administração Pública de oferecimento de bens e serviços necessários a fruição dos bens e interesses – dos direitos e princípios fundamentais¹⁷⁸.

Tal entendimento, não importa na inexistência de espaço legítimo de restrição dos princípios e direitos fundamentais em razão do interesse público, do exercício da discricionariedade ou da aplicação das prerrogativas administrativas, mas a necessidade de que tal limitação de fato, se demonstre necessária e não importe ao aniquilamento ou violação ao seu núcleo essencial.

A própria doutrina tradicional, mesmo que sustenta uma suposta supremacia do interesse público sobre o privado, já admite que essa prevalência não é absoluta¹⁷⁹, mas que se sujeita a consonância com os demais princípios que regem a atividade administrativa¹⁸⁰ e

178 Há casos em que a Constituição consagra de forma explícita, os deveres necessários à concretização dos direitos fundamentais, como ocorre com a obrigatoriedade da prestação universal da educação fundamental e medicina de urgência, de modo que condicionar sua promoção à discricionariedade administrativa e conformação legislativa seria violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. p. 37. 2006.

179 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 211-212.

180 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio.... Op. cit. p. 214-215.

deve ser ponderado em conjunto com os demais princípios e garantias fundamentais veiculados pela norma constitucional.¹⁸¹

O reconhecimento de uma hermenêutica administrativa que se adéque à ordem jurídico-constitucional também implica no re-dimensionamento da interpretação dos critérios de conveniência e oportunidade, de modo que a discricionariedade passa de uma ampla esfera de escolha à um campo de concretização dos princípios e direitos fundamentais, mediante a ponderações proporcionais e razoáveis entre os bens e interesses constitucionais¹⁸².

Envolve a submissão do espaço decisório ao sistema dos princípios e direitos fundamentais, que passam a orientar os juízos de valoração do administrador pelos critérios de *razoabilidade* e *isonomia*, assegurando a congruência da decisão administrativa ao interesse constitucional ou legal e o impedimento de sua tradução em qualquer forma de arbitrariedade pela Administração Pública¹⁸³.

Note que, se a hermenêutica administrativa no Estado Democrático de Direito impõe por um lado, a inclusão dos princípios e direitos fundamentais como parâmetros de interpretação, por outro, significa a ampliação dos espaços que propiciem a participação do cidadão

181 NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões Críticas Acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Org). Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 134-135.

182 CUNHA, Rubem Dário Peregrino. A juridicização da discricionariedade administrativa. Salvador: Vercia, 2005. p. 168-172.

183 O mérito do ato administrativo sofre um sensível estreitamento, por decorrência da incidência direta dos princípios constitucionais. A própria vinculação da Administração não apenas à Legislação, mas também a Constituição impõe diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização... Op. cit. p. 237

na gestão pública e a durabilidade das relações administrativas¹⁸⁴ em concretização também dos valores democráticos da ordem jurídica.

Já aponta a literatura jurídica estrangeira, que há a tendência de declínio da legitimação do Estado através da categoria central de interesse público – de natureza fluídica e sujeita a distorções – para a ascensão da participação como um instrumento capaz de melhor justificar a atuação estatal e atribuir maior grau de aceitação dos indivíduos e integração na construção social.¹⁸⁵

Assim, a hermenêutica administrativa tendo por vetor a participação administrativa, se liga a noção de procedimentalização da decisão administrativa – seja no âmbito normativo ou concreto – impondo a verificação da influência dos cidadãos, bem como, qual exegese possa melhor garantir sua inserção no processo, de modo a concretizar o outro vetor do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Coaduna com a própria crise da democracia representativa em uma sociedade pluralista, o déficit de legitimidade da função administrativa em atender os interesses da sociedade, torna-se necessária uma ampliação da participação do indivíduo na decisão pública¹⁸⁶ como forma de garantir não apenas a aceitação, mas igualmente dotar de maior racionalização o processo decisório.

Admitir que o movimento de adequação do direito administrativo à ordem constitucional mediante aplicação de uma herme-

184 Com a centralidade do indivíduo na ordem jurídica, a Administração Pública tende a centro de convergência de interesses e de dignificação da pessoa humana, elevando o administrado a condição de cidadão e substituindo o modelo autoritário de gestão pública para a ordenação dos múltiplos interesses sociais mediante a participação desse indivíduo influenciando e persuadindo a tomada de decisões. BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p. 128-130.

185 CHEVALLIER, Jacques. LOSCHAK, Danièle. Op. cit. p. 362-363.

186 BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p. p. 120-121.

nêutica administrativa voltada a realização dos princípios e direitos fundamentais implica igualmente reconhecer a participação como forma de democratização do acesso ao Estado-Administração e na formação de suas decisões garantindo a realização daqueles bens e valores constitucionais.

Por esta razão, pode se apontar que a recondução da hermenêutica administrativa ao princípio democrático se enfeixa com à primazia da pessoa humana no Estado Constitucional e Democrático de Direito, já que é consequente dever do Estado para a proteção e desenvolvimento em plenitude do ser humano tanto em seu aspecto individual ou coletivo, assegurar a participação de todos os indivíduos e coletividade.¹⁸⁷

Embora precipuamente, seja principal sujeito da hermenêutica administrativa, o próprio agente público no exercício da função administrativa, a aplicação dos bens e valores constitucionais como seus novos vetores – princípios constitucionais, direitos fundamentais e valores democráticos – na interpretação das normas, categorias e institutos administrativos tem se devido ao Poder Judiciário.

Com a redemocratização, a ascensão do Estado Democrático de Direito é marcada pela assunção de um novo papel do Poder Judiciário na promoção dos bens e valores constitucionais, que aliado ao acréscimo da demanda social por justiça e a recuperação de suas garantias institucionais, resultou, por um lado, na sua ascensão político-institucional, em especial, do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁸.

187 BRITO, Mariano. *Perspectiva del Derecho Administrativo en el siglo XXI* in: RUIZ, Jorge Fernández. *Perspectiva del Derecho Administrativo en el siglo XXI: Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 180-181.

188 Corresponde a chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão que sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo tipo de conflito, em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social

Com a ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos poderes públicos e o crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, permitiu um processo de judicialização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas¹⁸⁹, inclusive, no que tange as matérias administrativas.

Assim, houve uma expansão do Poder Judiciário oriunda do poder-dever de aplicar os preceitos constitucionais, que importou na possibilidade de controle e de invalidação dos atos emanados pelos poderes públicos, inclusive, através da interpretação criativa das normas jurídicas à luz da Constituição¹⁹⁰, o que gera repercussão imediata acerca da hermenêutica das categorias e institutos administrativos.

Associa-se tal fato, ao ativismo judicial observado na última quadra histórica do Poder Judiciário brasileiro, onde tem sido verificada uma atuação intensa e ativa das cortes nessas questões, de forma a garantir a concretização dos valores e fins veiculados pelas normas constitucionais e preservar a supremacia axiológica e formal

e política se submetem ao controle pelo Poder Judiciário. SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial in CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo(s). 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 122.

189 Como ilustrações têm-se as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos.

190 Quando o Poder Judiciário desempenha uma função criadora do Direito em seu sentido forte, com a interpretação criativa da Constituição não importa sua desvinculação a lei como proposta pelo Direito Livre, mas no emprego de normas constitucionais capazes de imprimir maior determinação em frente ao conteúdo vago, inconcreto ou poroso da legislação. SANCHÍS, Luis Prietro. Sobre el Neoconstitucionalismo y Sus Implicaciones in: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003. p 129-131.

da Constituição¹⁹¹¹⁹², que conduz a uma aplicação crescente nas relações administrativas dos princípios e direitos fundamentais.

Assim, ante resguardadas ao espaço de atuação do Estado-Administração em razão do Princípio da Separação dos Poderes, a ascensão institucional do Poder Judiciário com a ampla previsão constitucional das questões políticas e sociais se aliam à ampla constitucionalização- releitura da matéria administrativa para produzir uma judicialização expressiva de questões administrativas.

Além disto, não se ignore que a própria noção de mérito administrativo, passa a sofrer estreitamento, em razão dos procedimentos técnicos e jurídicos definidos pela Constituição, que recuam o espaço de legitimidade da decisão administrativa¹⁹³ e ampliam o espaço

191 O termo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. em artigo na revista *Fortune*, todavia, não há um consenso sobre a sua definição, adotando alguns autores um critério quantitativo - para definir como a atuação demasiada do Poder Judiciário nas decisões dos demais poderes - e outros um critério qualitativo - de forma minimalista ou maximalista - na concretização dos valores constitucionais, que adotamos neste trabalho. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade* in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. São Paulo: Jus Podvim, 2011. p. 460-464

192 Como visto, não sendo a judicialização uma opção política do Poder Judiciário, mas uma decorrência do desenho institucional vigente, uma vez provocados em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional cabe aos juízes e tribunais se manifestarem, todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que importará em um ativismo judicial – na concretização dos valores e fins constitucionais em atenção a supremacia axiológica da constituição – ou em uma autocontenção judicial – na preservação do ato legislativo ou administrativo em atenção ao princípio democrático, razão pelo qual, não se confunde judicialização das questões políticas e sociais com ativismo judicial.

193 Sendo a discricionariedade competência cometida à Administração para integrar a vontade da lei ou Constituição, corresponde a um resíduo de legitimidade da opção política, que terá a alcançada sua legitimidade por sua fundamentação e eficiência, traduzida na melhor realização dos bens e interesses

de atuação do Poder Judiciário na aplicação otimizadas das normas constitucionais e concretização dos seus preceitos.

Todavia, isto não significa aduzir que cabe ao Poder Judiciário no exercício de proteção dos direitos fundamentais, se imiscuir no âmbito de atuação legítima da Administração Pública, substituindo-o no mérito administrativo e realizando escolhas, mas tão somente garantir a observância dos princípios e direitos fundamentais veiculados pela Constituição através de um controle de legalidade em sentido amplo com a utilização da proporcionalidade.

O Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre constitucionalismo – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos básicos do cidadão¹⁹⁴ – e democracia – enquanto soberania popular e vontade da maioria¹⁹⁵ - em uma tensão imanente entre as deliberações veiculadas na Constituição – em especial princípios e direitos fundamentais – e as decorrentes de governo.

Isto porque, é papel da Constituição garantir também as condições necessárias ao processo democrático, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política, inclusive, com a garantia das liberdades fundamentais essenciais

socialmente almejados. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade.... Op. cit. p. 7-8 e 32-33.

194 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 47.

195 Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 320.

ao exercício democrático¹⁹⁶, de modo que a utilização de tais vetores na hermenêutica administrativa pelo Poder Judiciário não podem importar em esvaziamento da esfera decisória.

Inegável, que a relação jurídico-administrativa exterioriza, ainda que em menor grau conforme desça na hierarquia administrativa, a legitimidade política atribuída por via eletiva ao chefe do Poder Executivo, que exerce o comando e direção da Administração Pública e, portanto, tal vertente deve ser tida em conta pelo Poder Judiciário ao realizar o controle das suas decisões à luz de tais diretrizes.

Não se ignora que é papel da Constituição a preservação de um conjunto de valores e objetivos, que não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia¹⁹⁷, o que erige o papel do Poder Judiciário na aplicação dessa nova hermenêutica administrativa garantista.

Assim, se cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação le-

196 A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétrea a tendente abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60 §4º) dentre outros. No viés procedimentalista vide: ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011 e HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

197 Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. Curso... Op. cit.. p. 382-91.

gislative e da discricionariedade administrativa, por outro, os bens e valores constitucionais, em especial, os princípios e direitos fundamentais, fruto do poder constituinte originário não se sujeitam a um espaço ilimitado dessas decisões devendo ser preservado já que correspondem à escolhas fundamentais da sociedade.

Inegável que essa tensão eminente deverá ser resolvida no exercício da jurisdição constitucional¹⁹⁸ de forma a tutela a soberania popular com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático e dos princípios e direitos fundamentais pela proteção à manifestação da vontade da maioria¹⁹⁹, o que conduz várias matérias administrativas serem decididas pela corte constitucional e, portanto, o seu papel na construção dessa hermenêutica.

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos princípios e direitos fundamentais na interpretação administrativa mediante o controle dos atos da Administração Pública que violem ou não os concretize, sem que isto, necessariamente resulte em violação do princípio democrático e, portanto, o espaço legítimo de discricionariedade administrativa, mas, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia.

Isto importará em um campo de incidência do controle na relação jurídico-administrativa não ilimitado a título de garantia dos princípios e direitos fundamentais, mas de garantia de sua pro-

198 Cabe a todo órgão que possua o status de realizar a jurisdição constitucional, zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário contra a vontade da maioria. HARBELE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma in: HARBELE, Peter. Estudios sobre la jurisdicción constitucional. México: Porrúa, 2005. p. 166.

199 De forma que a vontade da maioria momentânea - do poder governante - não se sobreponha sobre a vontade da maioria permanente - do poder constituinte originária. VITAL, Moreira. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional in: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 179.

teção e promoção, dentro da legalidade, e mediante sopesamento com outros bens e valores administrativos, que são também legitimamente protegidos pela ordem jurídico-constitucional.

Neste tocante, o controle das normas e atos administrativos deve ser realizado para garantir a observância e respeito aos princípios e direitos fundamentais, seja na dimensão da proteção – como a vedação à desapropriação sem prévia e justa indenização em dinheiro – seja no vértice da promoção – determinando o oferecimento de bem ou utilidade necessária – porém sem adentrar na esfera própria de atuação administrativa.

Em tal campo é sutil o papel a ser desenvolvido pelo Poder Judiciário na garantia dos princípios e direitos fundamentais no âmbito da relação administrativa, uma vez que a eleição da conveniência e oportunidade dentro do conteúdo do ato permanece para a Administração Pública, cabendo somente a corte constitucional determinar a sua prática em respeito aos bens e valores constitucionais.

Isto porque, a delimitação do conteúdo dos princípios e direitos fundamentais podem estar sujeitos a intenso desacordo, que devem ser definido a rigor, no âmbito da democracia majoritária, porém, sem importar que grupos ou pessoas não tenham acesso a tais bens e interesses, o que deflagra uma hermenêutica administrativa garantista pelo Poder Judiciário, sem que signifique em eleições pelo juiz.

Corresponde a afirmar que se a prossecução do interesse público, o espaço decisório na discricionariedade administrativa e a incidências das prerrogativas se sujeitam à uma adequação à luz dos princípios e direitos fundamentais por uma nova hermenêutica administrativa adequada à ordem jurídico-constitucional, isto não significa que o seu destinatário direto ou exclusivo é o Poder Judiciário.

Cabe a Administração Pública enquanto vinculada à Constituição e no exercício de sua função típica estatal na aplicação dessas suas

categorias básicas garantir uma interpretação que seja orientada pelos princípios e direitos fundamentais e apenas em caso de desrespeito pelo administrado deve buscar a deflagração da jurisdição constitucional para determinar a atuação, mas não o conteúdo do ato.²⁰⁰

Isto porque, além de tais matérias estarem reservadas as instâncias democráticas do poder público – no caso a legitimidade que espraia pelo Chefe do Poder Executivo à todas as pessoas, órgãos e agentes vinculados ao respectivo ente, tal a escolha pelo Poder Judiciário, não será adequada, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, de deliberar no âmbito das decisões públicas e resguardarem o desacordo típico de sociedades pluralistas.

Por esta razão ligam-se como vetores necessários à uma hermenêutica administrativa adequada a ordem constitucional vigente não apenas uma recondução das normas, categorias e institutos administrativos aos princípios e direitos fundamentais, mas igualmente o respeito aos valores democráticos, que impõem não apenas a participação dos cidadãos na tomada de decisão administrativa, mas a vedação que tais escolhas sejam operadas pelo Poder Judiciário.

Inegável, porém, que a par de uma construção isolada da disciplina administrativa e seus descolamentos e aproximações do direito constitucional ao longo de sua evolução histórica, o processo de constitucionalização contribui na reestruturação das categorias administrativas através da aplicação dos princípios e direitos fundamentais como vetores dessa nova hermenêutica aplicada na interpretação em tais institutos.

○ tema será tratado a seguir.

200 Assim, por exemplo, se a Administração Pública recusa o fornecimento de educação fundamental a menor cabe ao Poder Judiciário determinar o oferecimento do serviço público, já que compõe o núcleo essencial deste direito fundamental, mas não a forma – abertura de vaga em rede pública, construção de nova escola, pagamento de escola particular – e afins.



Capítulo 2

O Interesse Público e os Bens e Valores Constitucionais

2.1. As tentativas de delimitação de um fundamento central para o regime administrativo: das escolas de potestade pública, serviço público e interesse público

O direito administrativo enquanto o conjunto de normas que regula o exercício da atividade administrativa, não possui a mesma forma jurídica, conforme variem as concepções éticas, sociais, econômicas de determinada civilização. Porém, costuma se dizer que apoia em certas opções fundamentais que denotam os traços característicos de um regime administrativo.²⁰¹

Isto não significa que sua disciplina jurídica, tem fundamento em princípios rígidos prematuramente postos, mas que foram extraídos, como visto, da própria disciplina constitucional e legal a que se sujeita a atividade administrativa, dos julgamentos dos tribunais, do costume administrativo e da própria literatura, como forma de garantia dos administrados contra a arbitrariedade das autoridades administrativas.²⁰²

Neste sentido, os regimes liberais instituídos a partir da Revolução Francesa, se baseiam em idéia fundamental de garantia dos cida-

201 RIVERO, Jean. Droit.. Op. cit. p. 19.

202 WALINE, Marcel. Manuel Élémentaire de Droit Administratif. 4ed. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1946. p.1-2.

dãos contra as limitações de suas liberdades públicas, que confiou ao Poder Legislativo a representação do povo e afirmou o primado da lei com ápice na constituição sob a autoridade do Executivo e seus atos, de forma a proteger os indivíduos e seus direitos fundamentais.²⁰³

É sob tal diretiva que o Direito Administrativo Moderno deveria estruturar-se enquanto disciplina jurídica. Porém, como visto, após a revolução francesa, o que marcou a Administração do ano VIII foi a existência de um regime liberal na ordem econômica, porém, autoritário na ordem política, que produziu repercussões no regime administrativo que teve de se adequar aos referidos ditames²⁰⁴.

Por esta razão, que no século XVIII no Estado Francês predominou a chamada Doutrina do Poder Público, que sustentou a justificativa do direito administrativo no exercício de poderes públicos, ou seja, com um regime jurídico marcado pela concessão de restrições ou prerrogativas de titularidade exclusiva do Estado que são exercidas em face dos particulares para atingir seus fins.²⁰⁵

Partindo desta escola, do conceito central de *puissance publique*, o Direito Administrativo consagra às pessoas administrativas, poderes superiores aos dos particulares, em razão da noção de interesse coletivo que resulta no desequilíbrio entre as relações, com a existência de prerrogativas destinadas a assegurar a proeminência dos interesses públicos sobre os interesses privados.²⁰⁶

Assim, para tal literatura, ao contrário dos ramos do direito privado que se esforçam para manter ou estabelecer o equilíbrio na relação formada entre os particulares, o Direito Administra-

203 WALINE, Marcel. Manuel... Op. cit. 20.

204 RIVERO, Jean. Droit... Op. cit. p. 23.

205 ROLLAND, Louis. Précis de Droit Administratif. Paris: Librairie Dalloz, 1947. p. 4.

206 MALEZIEUX, Raymond. MALEZIEUX, Raymond. Manuel de Droit Administratif. Paris: Éditions Cujas, 1954. p. 14.

tivo poderia ser conceituado como um “direito de desigualdade” que consagra às pessoas administrativas, prerrogativas oriundas de poderes superiores àqueles que são dotados dos particulares.²⁰⁷

O Direito Administrativo, ao contrário do Direito privado que repousa seu princípio entre a igualdade dos sujeitos na relação jurídica, seria dotado de um regime jurídico particular, dominado por uma não igualdade entre os envolvidos, opondo o Estado com suas prerrogativas do poder e os Administrados aos quais não são reconhecidos nenhum privilégio e devem se submeter àqueles.²⁰⁸

Tais prerrogativas do poder público, se exteriorizam no poder de regulamentar, de cobrar taxas de natureza tributária, de intervir na propriedade privada expropriando em razão da utilidade pública, de requisitar bens e serviços em razão do interesse da coletividade, de modificar unilateralmente a cláusula de um contrato, de auto executar seus atos, de apreender os bens dentre outros.²⁰⁹

Identifica-se o regime administrativo com a instituição administrativa – a centralização pelo Estado da prossecução dos “benefícios” da sociedade através dos corpos administrativos²¹⁰ - as atribuições administrativas - a execução das leis com fins de satisfação dos interesses coletivos²¹¹ - e a função administrativa - através de prerrogativas excepcionais na busca desses fins²¹².

As prerrogativas decorreriam do poder administrativo, enquanto elemento da Administração Pública, e abrange a ação ad-

207 MALEZIEUX, Raymond. Op. cit. p. 14.

208 TROTABAS, Louis. Manuel de Droit Public Et Admistratif. Ano 1. 6ª edição. Paris: Labrairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1948. p. 68.

209 MALEZIEUX, Raymond. Op. cit. p 18.

210 HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris: Librairie de La Societé de Recueil Sirey, 1921. p. 1-2.

211 Idem. p. 7.

212 Idem. p. 11.

ministrativa proceder de ofício, ou seja, a realização dos interesses próprios por atos de execução, bem como, de limitar a autonomia privada dos administrativos impondo obrigações, o que configuraria importante elemento de centralização administrativa.²¹³

Partindo da combinação dos órgãos administrativos, a natureza corporativa e os corpos intermediários responsáveis pelos “negócios da vida pública” extrai essa doutrina como efeitos de tal disciplina exorbitante: a imputação do exercício das atividades administrativas com os órgãos administrativos e não seus indivíduos; a dicotomia entre um direito privado e público; a distinção entre uma jurisdição comum e administrativa.²¹⁴

Por efeito, os países da Europa Central, embora sujeitos a um regime administrativo em graus variados, porém Espanha, Portugal e Itália se aproximariam do sistema francês, em razão da existência de alguns caracteres centrais do regime administrativo: a separação dos poderes, a existência de uma jurisdição administrativa, de poderes administrativos e de conflitos que suscitam a aplicação destes por aqueles.²¹⁵

No que tange, todavia, aos países anglo-saxões, especialmente a Inglaterra e Estados Unidos, embora possuam serviços administrativos, não seriam adotados de uma administração judiciária e nem um Direito Administrativo, uma vez que: falta instituição pública autônoma central, jurisdição administrativa com ampla competência e prerrogativas de ação dos corpos administrativos.²¹⁶

213 HAURIU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris: Librairie de La Societé de Recueil Sirey, 1911. p. 22.

HAURIU, Maurice. Précis... Op. cit. p. 5.

214 Idem. p. 4.

215 HAURIU, Maurice. Précis... Op. cit. p. 32.

216 Idem. p. 5.

Entretanto, para demonstrar que a Inglaterra tem um Direito Administrativo próprio, em todos os Estados “civilizados”, onde há funcionamento de serviços públicos há regras especiais relativas à atividade administrativa. Assim, seja mediante a regra da irresponsabilidade Estatal em razão de certos atos ou de contra certos agentes públicos não caber ação judicial pelos seus atos oficiais.²¹⁷

É utilizado, como traço distintivo do próprio sistema administrativo francês a existência a favor da Administração Pública desses “privilégios”. Assim como, a existência de uma jurisdição administrativa que concede a Administração Pública o direito de se defender apenas perante os tribunais especializados, fazendo o Conselho de Estado, respeitando o princípio da independência da Administração para corrigir as ilegalidades.²¹⁸

Tal doutrina foi superada, ainda, na França no século XIX, quando o Direito Público, em especial, o Direito Administrativo, sofreu evolução em razão das transformações ocorridas nas intervenções e atividades do Estado Francês, que resultou na modificação da fundamentação usada para o interesse público enquanto base central do regime administrativo.²¹⁹

Associa-se essa mudança de paradigma, a passagem do Estado Liberal ao Estado Intervencionista, uma vez que o declínio do liberalismo econômico produziu transformações políticas que geraram uma ampliação considerável das tarefas públicas e, portanto, um deslocamento na ação administrativa voltando-se a Administração à satisfação dos interesses da coletividade.²²⁰

217 JEZÉ, Gaston. *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Traducción de la segunda edición francesa de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928. p. 29

218 MALEZIEUX, Raymond. *Op. cit.* p. 145-147.

219 LAUBADÈRE, André de. *Op. cit.* p. 35.

220 RIVERO, Jean. *Op. cit.* p. 23.

Abandona-se a noção de *puissance publique* e a respectiva distinção dos atos de autoridade e de gestão, em razão da incerteza e dificuldade de sua aplicação prática e falta de rigor científico, como conceito central do Direito Administrativo, para encontrar como fundamento do regime administrativo a noção de serviço público enquanto pública que busca satisfazer os interesses da coletividade.²²¹

Os próprios adeptos da doutrina anterior passam a sustentar que o Direito Administrativo abrange a esfera de atividades administrativas exercidas pelas autoridades públicas com fins de manter a ordem através da aplicação da lei e do exercício de poder de polícia, mas também de proporcionar utilidades públicas mediante a gestão dos serviços públicos.²²²

Pela Escola do Serviço Público, o direito administrativo se estrutura como o complexo de regras de organização do funcionamento dos serviços públicos e de suas relações com os particulares de forma que o fundamento do regime jurídico-administrativo e do exercício da atividade administrativa é a satisfação das necessidades coletivas da sociedade por meio destes.²²³

O Direito Administrativo passa a ser tido como o ramo do Direito Público interno que tem por *objeto* as normas jurídicas de intervenção do Estado na sociedade, realizadas por meio da função administrativa para assegurar a organização e o funcionamento dos serviços públicos, de forma a oferecer as prestações e utilidades aos particulares sob um regime próprio²²⁴, a saber, o regime administrativo.

221 LAUBADÈRE, André de. Op. cit. p. 36-37.

222 HAURIOU, Maurice. La Jurisprudence Administrative. Tome Premier. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1929. p. 1.

223 ROLLAND, Louis. Op. cit. p. 1.

224 BONNARD, Roger. Précis de Droit Administratif. Partie Générale. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1935. p. 1-2.

A justificativa do direito administrativo pelo exercício da *puissance publique* ou intervenção de uma vontade superior a dos particulares se desloca para sua caracterização pelos *services publics* embora considerando que eles não absorvem toda atividade administrativa, mas correspondem a uma das modalidades de intervenção administrativa buscando a satisfação de necessidades coletivas.²²⁵

O serviço público passa a se tornar o “alfa e o ômega” do Direito Administrativo Francês de forma que a Administração Pública age, e só pode agir, com vistas ao oferecimento das prestações aos usuários e os seus poderes devem ser adaptados às necessidades do serviço público, garantindo a existência de regras especiais que variem conforme as demandas.²²⁶

Assim, é justificativa da atuação pública, em específico, da própria organização administrativa, a satisfação das variadas necessidades públicas tidas como essenciais, que ocorre através da organização e oferecimento dos diferentes serviços públicos de forma permanente e regular. O interesse público é, portanto, a noção base do Direito Administrativo único que fundamenta a existência de seu regime próprio.²²⁷

Por esta razão, costuma-se inferir que a especificidade ou autonomia do Direito Administrativo se liga, gradualmente e encontra sua razão ao papel que a Administração Pública tem de garantidora da realização do interesse coletivo, algo na França que se deve as decisões dos tribunais administrativos, em especial, do Conselho de Estado e das contribuições trazidas pela doutrina a partir da sintetização destas.²²⁸

225 BONNARD, Roger. Op. cit. p. 4.

226 WEIL, Prosper. O Direito Administrativo. Tradução de Maria da Gloria Ferreira Pinto. Coimbra: Almedia, 1977. p. 21-22.

227 WIGNY, Pierre. Droit Administratif. Principes Généraux. Bruxelles: Editions Bruylant, 1962. p. 10 e 13.

228 DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. Traité de Droit Administratif. Paris: Librairie Dalloz, 1952. p. 4.

Porém, não se supõe que o interesse público enquanto fundamento do regime administrativo é uma construção do Direito Moderno. Como indica a própria doutrina o serviço público enquanto pedra angular do Direito Administrativo Francês “voltou” a modelar as suas instituições de Direito Público, isto porque em todo Estado que haja atividade de prossecução de interesses da coletividade, há serviço público e Direito Administrativo.²²⁹

O Direito Administrativo corresponde aos poderes necessários para gerir os interesses públicos de forma a satisfazer os bens coletivos, porém, sem que isto importe em uma supremacia absoluta, absoluta e apriorística que sempre submeta o particular. Ao contrário, para prevenir os abusos são impostas certas regras de forma específica, excepcional e por via notadamente do regulamento, decorrentes do poder de polícia.²³⁰

A visão autoritária de um Direito Administrativo voltada à manutenção da autoridade do Estado e das prerrogativas de seus agentes, cede espaço para uma disciplina jurídica, adequada na modernidade, aos próprios fins das revoluções liberais, uma vez que tem por objetivo precípua garantir mediante a concessão e proteção dos direitos do homem a limitação ao exercício do poder e os possíveis arbítrios decorrentes.

Enquanto cabe precipuamente ao direito constitucional disciplinar o regime geral dos poderes públicos – mediante a divisão e do exercício do poder entre as funções públicas e dos direitos fundamentais dos indivíduos através da declaração de seus direitos e previsão dos seus sistemas de garantia - cabe ao direito adminis-

229 JEZÉ, Gaston. Los Principios Generales... Op. cit. p. 24 e 29.

230 WALINE, Marcel. Manuel... Op. cit. p. 239.

trativo regular o exercício de uma destas – parte da função executiva – em benefício dos administrados.²³¹

Neste sentido, se estrutura esse regime jurídico particular - o administrativo francês - dotando o Estado de prerrogativas e privilégios que permitam alcançar seus fins, não de forma desmedida, mas sujeitos a um rigoroso controle, de modo a garantir o equilíbrio entre os sujeitos da relação administrativa, conciliando a autoridade do poder administrativo com a liberdade dos administrados.²³²

A disciplina administrativa volta a sua estrutura, não mais na concepção de *pessoa* – no Estado – e sua autoridade – os princípios de atos de autoridade, irresponsabilidade do Estado e não submissão da Administração aos tribunais comuns - mas na ideia de função pública – na prestação dos serviços públicos e na satisfação dos interesses da coletividade que correspondem ao fundamento do regime administrativo.²³³

Substitui-se, portanto, as ideias mestras que dominavam o Direito Administrativo no século XVIII, dos atos de autoridade Estatal, da irresponsabilidade do Estado Soberano e independência da Administração em relação aos Tribunais, para a noção fundamental de serviço público não como conceito estático, mas dinâmico: se há serviços públicos em funcionamento regular há um direito administrativo estatal.²³⁴

Exclui-se, portanto, a noção de *puissance publique* como fundamento do regime administrativo que passa a ser orientado pelo serviço público e seus princípios: *a continuidade do serviço público* que impede a sua interrupção; *a adaptação do serviço público* que

231 TROTABAS, Louis. Op. cit. p. 68

232 Idem. Ibidem. p. 68.

233 JEZÉ, Gaston. Op. cit. p. 7 e 24.

234 JEZÉ, Gaston. Op. cit. p. 23 e 24.

obriga suas modificações para atenderem as exigências de interesse geral; e a *primazia do serviço público*, com sua prevalência contra qualquer serviço privado.²³⁵

Note, porém, que a própria literatura, faz a ressalva, que tais princípios *não* se aplicam a todas as atividades de interesse geral, mas constituem o “fundo comum” dos serviços públicos, explorados por pessoas públicas ou organismos privados. É neste sentido que o Conselho de Estado aplicou tais princípios, por exemplo, as greves dos funcionários de entidade privada que prestava serviços públicos.²³⁶

O fenômeno ocorre, em especial, das construções do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos Francês, dentre os quais o arrêt Blanc que denota o deslocamento da idéia de *puissance publique* e supremacia da Administração como fundamento de aplicação do regime administrativo, para *servisse public* na realização das necessidades coletivas como pilar orientador do exercício da atividade administrativa.²³⁷

Uma vez que, o fundamento da atuação administrativa passa ser *l'utilité publique* não se resume o regime administrativo apenas à organização e oferecimento dos serviços públicos sob o regime de direito público, mas também, àqueles prestados sob regime de direito privado ou qualquer atividade que seja exercida pelas autoridades públicas com fins de realização do interesse geral.²³⁸

235 LAUBADÈRE, André de. Op. cit. p. 41 e 39.

236 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 87.

237 LAUBADÈRE, André de. Op. cit. p. 40-41.

238 FRANÇA. Conselho de Estado. Décision 45681. Arrêt Commune de Monséгур. 10 de junho de 1921. Trata da responsabilidade da Prefeitura no que tange a danos causados no âmbito de Igreja, que embora o culto não seja um serviço público em razão da separação entre o Estado e a religião, o edifício continua sendo público e sob o comando da autoridade pública sendo a falta de manutenção relacionada com o desempenho ou ausência de uma atividade – obra pública – de interesse

Neste sentido, se observa no início do século XX, com a profunda crise econômica e social produzida pelas guerras mundiais e a modificação das naturezas de intervenções produzidas pelo Estado, inclusive, com desenvolvimento de atividades antes sob o domínio dos entes privados – industriais e comerciais - o declínio da noção de serviço público como elemento estruturante de uma disciplina jurídica e especial.²³⁹

A noção de serviço público se demonstra insuficiente para a aplicação do domínio do direito administrativo e da jurisdição administrativa, de forma que o fundamento do regime administrativo se identifica com a própria noção de *gestão pública*, a saber, a realização de atividades pelo ente estatal de caráter geral distinta das privadas que buscam realizar os interesses da coletividade.²⁴⁰

Embora, a qualificação do serviço público que designava a noção de interesse público é o interesse público que materializa a condição necessária à existência da função administrativa²⁴¹. Como visto, desde a Antiguidade a atividade administrativa era voltada ao interesse público, de forma que há um retorno a este fundamento do regime administrativo e não uma evolução do conceito com a superação do *puissance publique* e *servisse publique*.

O interesse público embora seja expressão que abrange múltiplas demandas, mas se liga a uma chave mestra fundamental: a realização das necessidades da coletividade. A intervenção do Es-

da coletividade. Disponível em: http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DocFrame=_top&PushDirectUrl=1&Item=5&fond=DCE&texte=Commune+de+Mons%E9gur&Page=2&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True Acesso em 08.12.2016.

239 RIVERO, Jean. Droit... Op. cit. p. 30.

240 LAUBADÈRE. André de. Op. cit. p. 48

241 TIMSIT, Gérard. Le Role de La Notion de Fonction Administrative em Droit Administratif Français. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1963. p. 219.

tado na sociedade mediante o exercício da atividade administrativa ocorre, portanto, apenas na medida do necessário para garantir de forma eficaz a realização do bem comum.²⁴²

Assim, estrutura-se, não sobre uma supremacia do interesse público, pois mesmo para aqueles que a sustentam como um efeito – entendendo que o serviço público justifica um regime especial onde em caso de conflito o interesse particular deve ceder ao coletivo - esta não é abstrata, apriorística e absoluta – uma vez que, demanda processos especiais que garantam o respeito aos interesses privados sem sacrifício inútil.²⁴³

Embora, seja inegável que a Administração Pública encontrará situações na prossecução do interesse público que atingirá interesses privados – como a propriedade e a liberdade – mas, isto não importa que se possa entregar os indivíduos ao poder arbitrário da Administração Pública, devendo ser fixados limites pelo Direito ao seu campo de ação, explicitados a partir de princípios da técnica jurídica.²⁴⁴

Coaduna com o próprio papel do Estado que não pode “esmagar” os indivíduos reduzindo suas liberdades a título do progresso coletivo, de forma que deve manter na prossecução de suas finalidades, certo equilíbrio entre a “importância” dada as atividades públicas – leia-se na realização das necessidades coletivas – com as privadas – entenda-se na garantia da autonomia e liberdades do indivíduo.²⁴⁵

Assim, distingue-se a *prossecução* do interesse público enquanto fundamento do regime administrativo sujeito a limites fixados pela existência de outros valores a ser perseguido pela ati-

242 ROLLAND, Louis. Op. cit. p. 2

243 WIGNY, Pierre. Op. cit. p. 13.

244 DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. Op. cit. p. 6.

245 ROLLAND, Louis.

vidade administrativa, da *supremacia* do interesse público, que não é princípio estruturante da disciplina administrativa, mas eventual efeito que não incide de forma abstrata, absoluta e apriorística como sustentado, sob pena de conduzir ao arbítrio.

Não obstante, ainda é generalizada na literatura jurídica pátria a noção de que o regime administrativo brasileiro pode ser reconduzido a um único fundamento se exteriorizando seja na noção de interesse público ou de sua supremacia, o princípio mestre ou básico que orienta não apenas a formação da disciplina, mas inclusive a interpretação de suas normas, categorias e institutos.

O tema será tratado a seguir.

2.2. Da tensão dialética da disciplina administrativa e do reconhecimento de outros valores a serem tutelados pelo Estado-Administração

Tende-se a considerar que o princípio da *supremacia* do interesse público sobre o privado atuaria como pedra angular do regime jurídico-administrativo brasileiro, desempenharia uma “função explicadora e aglutinadora, mais eficiente que as noções de serviço público, ‘puissance publique’, ou utilidade pública” conforme as escolas e movimentos antes tratados.²⁴⁶

Considerando-se como fundamento do regime administrativo a prossecução do interesse público, em uma sociedade complexa onde há múltiplos bens e interesses almejados pelos distintos grupos, corresponde a uma gestão racional sob a vigência da le-

246 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor metodológico. Revista de Direito Público, v. 1, n. 2, p. 45-47, out./dez., 1967. p. 46-47.

galidade ampla, de forma a abranger uma inúmera variedade ou complexo de interesses gerais.²⁴⁷

Deste modo, pode ser que determinados interesses de certa categoria ou grupo da sociedade não sejam fração suficiente para ser determinada como um interesse coletivo – exemplo de uma sociedade que tenha em sua maioria total desinteresse da religião – não pode o Estado deixar de assegurar o interesse - liberdade religiosa - pois embora não se identifique com a totalidade da coletividade corresponde a um interesse de parte da sociedade.²⁴⁸

Ademais, em outros casos o interesse público pode se identificar ao final com certos interesses privados que aparecem em primeiro plano. De sorte que o desenvolvimento econômico de um Estado produzindo efeitos na sociedade em geral depende, por exemplo, do desenvolvimento particular de diversos ramos de produção, o que demanda atividade de fomento e de subvenção do Estado.²⁴⁹

Isto decorre da própria natureza da categoria do interesse público que é um conceito difuso, abstrato e indeterminado que, inclusive, traz consigo “os riscos da confusão e da manipulação”, que são inevitáveis uma vez que tanto o Direito quanto a política não prescindem em seu funcionamento de um amplo manancial de conceitos passíveis de distintos manuseios.²⁵⁰

Ademais, não ignore que os interesses são meras *projeções* e não precisamente *reproduções das necessidades*, de tal forma que sendo elaborados “caprichosamente” podem chegar ao ponto de despertar interesses antagônicos as próprias necessidades reais, gerar

247 ROLLAND, Louis. Op, cit. p. 1

248 Idem. p. 267.

249 Idem. p. 268.

250 CALERA, Nicolás López. El Interés Público: Entre la Ideología y El Derecho. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 44, p. 129, 2010.

distorções tanto a nível individual quanto coletivo, que não raro pessoas e sociedades inteiras estão empenhados no atingimento de resultados que lhes serão, afinal, prejudiciais quando não fatais.²⁵¹

Neste sentido, é comum ignorar que o papel dos tribunais administrativos na França, em especial, do Conselho de Estado, na construção do que seria os fundamentos do Direito Administrativo Moderno, foi com o esforço de conciliar as exigências da atividade administrativa na prossecução dos interesses da coletividade, respeitando os direitos e os interesses dos particulares.²⁵²

Ainda que não se ignore que para satisfazer o interesse geral, a Administração Pública tomará decisões que atinjam, em certa medida, os interesses privados, inclusive, as liberdades individuais, o regime jurídico-administrativo traz limites gerais aos poderes da Administração Pública²⁵³ e ao campo da ação administrativa de forma a delimitar que tais restrições sejam em concreto, excepcional e fundamentada.

Neste tocante, verifica-se que é fundamento do regime administrativo não apenas o interesse público que resultará no exercício de poder de polícia com a restrição das liberdades dos indivíduos em prol da coletividade, mas também, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos evitando os arbítrios das autoridades públicas, bem como, as tentativas de restrição pelas maiorias eventuais.

O Direito Administrativo Moderno não procura apenas assegurar a realização dos fins de interesse geral da administração pública, mas também proteger os indivíduos da ameaça do poder para seus direitos e liberdades individuais. Historicamente esta foi

251 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Categorias de Interesse na Constituição de 1988 in Revista Forense, n. 307, v. 85, p. 14, 1989.

252 MALEZIEUX, Raymond. Op. cit. p. 14.

253 DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. Op. cit. p. 6.

a primeira e principal inspiração da disciplina como o mais “notável instrumento do liberalismo francês”.²⁵⁴

A doutrina realça, o Direito Administrativo é dividido pelo estudo dos serviços administrativos instituídos – leia-se com fins a prossecução do interesse público – e também pela disciplina do direito e garantias dos cidadãos e das condições aos quais tem o poder e exercício na ação administrativa.²⁵⁵

Por esta razão, decidiu o Conselho de Estado, no conhecido *Arrêt Baldy* que as restrições ou “ataques” às liberdades públicas apenas são permitidas quando se provarem estritamente necessárias para assegurar a conformidade com a ordem pública ou para garantir o exercício de outra liberdade, de forma que ao submeter ao exame da proporcionalidade as restrições aos direitos fundamentais, fixa que a liberdade é a regra e a restrição é exceção.²⁵⁶

Voltam-se, as decisões do Conselho de Estado Francês, a garantia da realização dos interesses da coletividade, mas sem descurar das liberdades fundamentais, impondo a submissão ao Princípio da Igualdade como forma de preservar isonomia aos

254 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 105.

255 BATBIE, Anselme Polycarpe. *Traité de Droit Public Et Administratif*. Paris: Cotillon, Libraire du Conseil d'État, 1862. p. 40-41.

256 FRANÇA. Conselho de Estado. *Décision 59855. Arrêt Baldy*. 10 de Outubro de 1917. Trata-se de decisão do prefeito que vedava a venda e exposição, em vias públicas, de bandeiras ou insígnias adornadas com emblemas que ostentem as cores necessárias. Decidiu a corte que a ordem não está viciada por incompetência ou desvio de poder, bem como, que é poder legítimo uma vez que tem por objetivo garantir a ordem pública. Porém, os “ataques” às liberdades públicas apenas são permitidas quando se provarem estritamente necessárias para assegurar a conformidade com a ordem pública ou para garantir o exercício de outra liberdade. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007631744> Acesso em 08.12.2016.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

cidadãos, seja nos regulamentos²⁵⁷, no acesso ao serviço público²⁵⁸ ou na repartição dos encargos públicos com o respectivo direito às indenizações por prejuízos particulares²⁵⁹.

Foi resguardado o direito dos administrados de reagir aos abusos das autoridades públicas, com anulação dos atos eivados de desvio de poder²⁶⁰, bem como, a salvaguarda os direitos fundamentais,

257 FRANÇA. Conselho de Estado. Décision 47115. Arrêt Roubeau. 9 de Maio de 1913. Trata do exercício geral do poder de polícia pelo Prefeito na fixação do gabarito dos prédios e casas garantindo a segurança e a existência de regulamento específico impõe isenções aos requisitos comuns no caso de saúde pública. A corte decidiu que a disposição não prejudique o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante as leis, de forma que sempre que estejam preenchidas as condições e que o exigências de saúde pública não se opôs a isso, as permissões podem ser isentas. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007633850&dateTexte=> Acesso em 08.12.2016.

258 FRANÇA. Conselho de Estado. Décision 43239. Arrêt Demoiselle Bobard. 3 de Julho de 1936. Trata da anulação de decreto que reserva para algumas funções públicas o sexo masculino. A corte decidiu que conforme o princípio de igualdade na admissão dos empregos públicos, não existe qualquer incapacidade geral que impeça as mulheres de ascender as funções públicas, embora caiba ao governo fixar os serviços que devido a necessidade são restritos a admissão feminina. Disponível em: <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&texte=Demoiselle+Bobard&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True> Acesso em 08.12.2016.

259 FRANÇA. Conselho de Estado. Décision 38284. Arrêt Couiteas. 30 de novembro de 1923. Trata da recusa do Governo francês na Tunísia para implementar dois acórdãos do Tribunal de Primeira Instância da comarca de ordenando a expulsão de campo de nativos que se estabeleceram lá de forma ilegal. Embora o governo tenha adotado a mesma medida em relação a todos proprietários, em razão graves distúrbios que provocam a expulsão de muitos indígenas, que eles consideravam ocupantes legítimos, o requerente demonstrou prejuízo pela privação total por tempo indeterminado de sua produção agrícola sendo cabível indenização. Disponível em: <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&texte=Couiteas&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True> Acesso em 08.12.2016.

260 FRANÇA. Conselho de Estado. Décision 92004. Arrêt Société des concerts du conservatoire. 9 de março de 1951. Trata-se da remoção indevida pelos serviços da radiodifusão francês, da transmissão de concertos sem qualquer motivo de interesse

como a liberdade de consciência e culto²⁶¹, de comércio e de indústria²⁶², onde a corte deixa claro que os direitos dos indivíduos são dotados de proteção em face da ação dos poderes públicos.

O Conselho de Estado, também, prolatou decisões que garantiam por via reflexa as liberdades, como a imposição da reserva do domínio de lei, das características dos direitos comuns para os recursos hierárquicos, regras de organização e funcionamento da jurisdição administrativa, dentre outras que denotam um compromisso com a garantia dos direitos fundamentais.²⁶³

A doutrina reconhece como princípios estruturantes do Direito Público em geral – e, portanto, também do Direito Administrativo, além da *Teoria dos direitos fundamentais* – que abrange as liberdades

público para justificar esta decisão, violando, ainda, o princípio da igualdade que rege o funcionamento dos serviços públicos. Disponível em: <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&textte=Soci%E9t%E9+des+concerts+du+conservatoire&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True> Acesso em 08.12.2016.

- 261 FRANÇA. Conselho de Estado. Arrêt da Association cultuelle israélite de Valenciennes. 27 de março de 1936. O ritual de abate faz parte da liberdade de culto. Cabe ao prefeito tomar as medidas necessárias para garantir o bom funcionamento dos matadouros e se o usuário pode regularmente efetuar o abate dos animais no interesse da ordem pública e segurança dos alimentos. É preciso conciliar o exercício das suas competências com respeito às liberdades civis e enfraquecer essas liberdades apenas na medida necessária para manter a ordem pública. Disponível em: <http://communautarismes.hypotheses.org/265> Acesso em 08.12.2016.
- 262 FRANÇA. Conselho de Estado. Décision 590. Arrêt Daudignac. 22 de Janeiro de 1951. Trata-se de decisão do prefeito que submete a autorização o exercício da fotografia em rodovia. Embora tenha o poder de tomar as medidas necessárias para resolver o inconveniente que o exercício da profissão de fotógrafo pode apresentar para o tráfego e ordem pública, isto não ocorre sem minar a liberdade de indústria e comércio garantido por lei. Disponível em: <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&textte=Daudignac&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPage=4&Pluriels=True> Acesso em 08.12.2016.
- 263 JEANNEAU. Benoît. Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative. Paris: Éditions Du Recueil Sirey, 1954. p. 91.

públicas concedidas aos indivíduos para encontrar um limite “salutar” a “onipotência” do Estado – o *Princípio da Separação de Poderes* – com a repartição das competências em autoridades competentes.²⁶⁴

Não se ignora que é dogma do Direito Administrativo, a consubstanciação do princípio político do primado do indivíduo e a afirmação de seus direitos em face do Estado, de forma que a disciplina manifesta “desconfiança” em relação ao Poder Executivo e impõe em razão dos “perigos” aos direitos fundamentais, a subordinação do governo ao parlamento, através do Princípio da Legalidade.²⁶⁵

A submissão do Estado-Administração ao Princípio da legalidade com a limitação da atividade administrativa pela observância do Direito emanado do Poder Legislativo enquanto representação da sociedade é uma das “traves mestras do Direito Administrativo”²⁶⁶ e, portanto, um dos fundamentos do seu regime administrativo que irá orientar a criação, interpretação e aplicação de suas regras.

Outros autores abordam como princípios “essenciais” do regime administrativo: *a separação das autoridades administrativas e judiciais* que fixa a competência da jurisdição administrativa e campo de aplicação do Direito Administrativo; *o regime particular dos atos administrativos* que são dotados de prerrogativas próprias; *o princípio da legalidade* que impõe o respeito ao Direito e a *responsabilidade* pelos danos causados.²⁶⁷

É possível extrair das decisões, que o regime administrativo não encontra apenas um fundamento – o *interesse público* – mas

264 FOIGNET, René. Manuel Élémentaire de Droit Administratif. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1898. p. 11 e 7.

265 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 18.

266 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 109.

267 VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. Droit Administratif. vol 1. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. Op. cit. p. 95-96.

também outros princípios estruturantes – como os *direitos fundamentais* sujeitos a restrição apenas excepcional e mediante juízo de proporcionalidade e o *princípio da legalidade* como a sujeição da atividade administrativa à lei e as restrições a reserva de domínio legal.

De fato, a tentativa de reduzir qualquer disciplina legal a um princípio único corresponde a um paradoxo, sendo necessário buscar não um critério “único, necessário e suficiente”, mas um conjunto de elementos específicos que caracterizem a disciplina administrativa, sendo incapaz de se conectar um critério – a *puissance publique* ou o *servisse public* – à definição do regime administrativo.²⁶⁸

Ao revés, cada matéria do seu vasto campo responde, com necessidades próprias e não podem, portanto, depender todas do mesmo fundamento e dos mesmos critérios, o que coaduna com a imagem de “ilhas” que a disciplina jurídica possui²⁶⁹. Assim, sustentar a existência de apenas um fundamento seria ignorar a amplitude de seu domínio e a especificidade de suas tarefas, que demandam a articulação de princípios variados e próprios.

Porém, isto não resolve a tensão promovida na estruturação de um regime administrativo baseado no vetor da *autoridade* da Administração Pública – com a concessão de prerrogativas e poderes, bem como, a consagração da supremacia do interesse público – e da *liberdade* individual – com a sua sujeição aos direitos do indivíduos.²⁷⁰

O tema será tratado a seguir.

268 RIVERO, Jean. Le critère du droit administratif. Revue de Droit Henri Capitant p. 2. nº 5 dez/2012. Acesso em: <http://henricapitantlawreview.org/article.php?id=368&result=rivero> Disponível em 20.12.2016.

269 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 97.

270 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito... Op. cit. p. 122.

2.3. Do antagonismo do interesse público e o privado à coordenação com os direitos fundamentais

Neste sentido, os Estados Constitucionais Democráticos ao longo das últimas décadas do século XX são marcados pela abertura constitucional radicada no *princípio da dignidade da pessoa humana* que se torna epicentro do extenso catálogo de direitos fundamentais, expande-se pela ordem jurídica e opera a separação da tradicional divisão entre as esferas do Direito público e Privado, do campo de domínio entre o Estado e a sociedade civil.²⁷¹

Corroborando com tal fenômeno, a crise do Estado-Providência, que resultou no reforço de atividades administrativas desenvolvidas por entes privados e que denota uma fuga do Direito Administrativo para o Direito Privado, com dificuldade de determinação do regime aplicável a cada atividade resulta em uma relativização da dicotomia Direito Público e Privado com a crescente concepção de uma unidade da ordem jurídica.²⁷²

Observa-se um fenômeno de *universalização dos direitos dos homens*, com a ampliação na Constituição do catálogo dos direitos fundamentais, o reconhecimento de sua dimensão objetiva que se irradia por todo o ordenamento jurídico, a produção de efeitos em relação ao Estado e os particulares, bem como, o reconhecimento de suas dimensões participativas e procedimentais e de aplicabilidade imediata.²⁷³

271 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta... Op. cit. p. 15-16 e 20.

272 ESTORNINHO, Maria João. A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 139-141.

273 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 25-32.

A cláusula de dignidade da pessoa humana enquanto um direito público subjetivo do indivíduo contra o Estado e a sociedade, impõe o dever de proteger o indivíduo em sua dignidade contra os atentados com a criação das condições para que não seja violado por este ou terceiros; a garantia das prestações necessárias ao mínimo existencial material e o dever de dispor do conteúdo e organização que permita a defesa e garantia da dignidade.²⁷⁴

A aplicação dos *direitos fundamentais* na relação administrativa importa na vinculação da Administração Pública àqueles como *direito de defesa* – protegendo contra violações pela sua intervenção – *direito a prestações positivas* – exigindo a prática de atividades que garantam a sua promoção – e *direito a organização e procedimento* – exigindo providências como criação de órgãos e ordenação de processos necessários a sua tutela.²⁷⁵

Isto porque, os direitos fundamentais enquanto veiculadores de bens essenciais à sociedade acabam se identificando com o interesse público, formando uma parte deste e constituindo o seu “núcleo duro”, ao qual, cabe aos poderes públicos e a Administração em concreto, a sua *proteção* – abstendo-se de condutas que gerem a sua violação – e *promoção*, tendo-os como “guia de sua atuação” garantindo sejam “reais e eficazes”.²⁷⁶

Decorrem dos próprios Estados Democráticos Pluralistas, onde a Constituição busca a conciliação equilibrada dos interesses

274 HARBELE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal in: SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2 ed rev. e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 88-93

275 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 74.

276 GIL, José Luis Meilán. GIL, José Luis Meilán. Intereses Generales e Intéres Público Desde la perspectiva Del Derecho Público Español, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, Fórum, ano 10, v. 40, abr-jun 2010. p. 179.

individuais e coletivos, de forma que a proteção de um interesse individual como direito público subjetivo é o reconhecimento da existência de um interesse social considerado de caráter individual e a tutela de um interesse coletivo é tanto em função da perspectiva do interesse da coletividade quanto do indivíduo.²⁷⁷

Voltado à primazia da pessoa humana e conseqüente dever do Estado para a proteção e desenvolvimento em plenitude do ser humano tanto em seu aspecto individual ou coletivo, o interesse público passa a compreender a abstenção da Administração Pública na violação e proteção das liberdades pública, a assistência e a promoção dos bens coletivos, assegurando a participação de todos os indivíduos e coletividade.²⁷⁸

Neste contexto, a concepção clássica de um interesse público como antagônico e dotado de “supremacia” aos interesses privados demonstra-se insustentável: em uma ordem constitucional voltada à tutela da *dignidade da pessoa humana* e a realização plena de seus *direitos fundamentais*, a prossecução do interesse público envolve justamente a proteção de tais direitos como forma de garantir a realização dos fins do Estado Democrático de Direito.

Uma vez tutelados pela ordem constitucional, os direitos fundamentais são tidos como interesses públicos *permanentes* ao revés das outras necessidades coletivas que são variáveis de acordo com a alternância democrática como concreção de programas de governo em relação a serviços essenciais e os princípios constitucionais reitores da política social e econômica.²⁷⁹

277 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 140-141.

278 BRITO, Mariano. Perspectiva del Derecho Administrativo en el siglo ... Op. cit. p. 180-181.

279 GIL, José Luis Meilán. Op. cit. p. 191.

A primazia dos direitos fundamentais com a centralidade no ordenamento jurídico altera a “tradição” da superioridade da Administração Pública enquanto titular de um interesse público e o cidadão titular de um interesse privado, de forma que a invocação do interesse público contrário ao direito fundamental não “servirá para nada, pois este deve ceder à supremacia daquele”.²⁸⁰

Por efeito, sob a égide de tal Estado, o interesse público torna-se um conceito substancial vinculado ao bem geral e integral da sociedade, sob a perspectiva da *centralidade do ser humano* na ordem jurídica e na *participação* dos cidadãos na deliberação pública, de forma que enquanto fundamento a atuação administrativa volta-se à proteção e promoção dos direitos fundamentais.²⁸¹

De modo que torna-se “de interesse público a tutela dos interesses individuais”, pela compreensão de que sem o bem comum a pessoa humana não alcança o seu desenvolvimento, sem a tutela da pessoa humana não existe sociedade e bem comum, de forma que a “proteção dos direitos fundamentais é a regra, sua restrição a exceção”, restrição que só se procede por outras razões de interesse geral.²⁸²

Assim, aponta a literatura, que considerada a posição jurídica do cidadão como titular de direitos fundamentais, a mera “invocação ritual” do interesse público contrário ao interesse privado, “não servirá absolutamente para nada”, pois os direitos fundamentais são “absolutamente resistentes”, frente à pretensão de superioridade geral que a Administração Pública tem o hábito de invocar.²⁸³

280 ENTERRIA, Eduardo Garcia. Los ciudadanos y la administracion: nuevas tendencias en derecho espanhol. Revista de Direito Público, v. 22, n. 89, p. 12, 1989.

281 MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Op. cit. p. 13.

282 MARTÍNEZ, Augusto Durán. El Derecho Administrativo entre Legalidad e Derechos Fundamentales. Revista de Derecho. Universidad de Montevideo. Ano XII. n. 12. p. 133. 2012.

283 ENTERRIA, Eduardo Garcia. Los ciudadanos... Op. cit. p. 12.

Isto decorre do princípio que os direitos fundamentais devem ser interpretados da forma mais ampla que inverte a presunção tradicional da submissão do cidadão como objeto do poder, de forma que a primazia impõe a exigência rigorosa de habilitação legal para permitir a restrição da liberdade, pois as limitações devem estar amparadas em previsões legais explícitas e não em cláusulas gerais como a “ordem pública”.²⁸⁴

A tendência do Direito Administrativo é, portanto, a superação da distinção rígida entre interesse público e privado com reconhecimento da fluidez nos dois âmbitos e a interconexão intensa que possuem, de forma a modificar o entendimento de sacrifício de um em prol do outro, mas da ponderação dos interesses em conflito mediante apreciação de todos os fatores, com vista à conciliação e sacrifício mínimo de ambos.²⁸⁵

Isto porque, sob a égide de um Estado Constitucional de Direito compete primariamente a Constituição, a determinação do que seja *interesse público* e das competências que habilitam o Legislativo a definição em *abstracto* – através da edição de leis – e o Executivo mediante estabelecimento por aquela, para em *concreto* – mediante os atos administrativos – definir os interesses da coletividade.²⁸⁶

Neste tocante, tido o interesse público – enquanto conceito jurídico indeterminado atribuído pela norma jurídica – não conduz e não se confunde com os poderes discricionários da Administração cujos juízos permitem a pluralidade de soluções justas e possíveis, mas se sujeita a uma unidade de solução justa na apli-

284 ENTERRIA, Eduardo Garcia. Los ciudadanos... Op. cit. p. 13.

285 MEDAUAR, Odete. O Direito Adm... Op. cit. p. 191-192.

286 GIL, José Luis Meilán. Op. cit. p. 181.

cação desse conceito, a uma situação em concreto, o que permite uma regular fiscalização de sua aplicação pelo Poder Judiciário.²⁸⁷

O controle de constitucionalidade é um instrumento para a tutela eficaz dos direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico, sendo a jurisdição constitucional o meio adequado para resguardar o cumprimento e a superioridade dos direitos fundamentais, permitindo a proteção das situações jurídico-subjetivas constitucionais do cidadão perante a Administração Pública.²⁸⁸

Tanto, que devem-se as transformações observadas no Direito Administrativo pátrio às construções do Poder Judiciário, cujo campo de interpretação alargado com a previsão constitucional de normas relativas à ação administrativa, permitiu caráter criativo e limitador do Poder Executivo buscando a consagração da transparência, moralidade e probidade na gestão da coisa pública e em defesa do direito dos administrados.²⁸⁹

Por efeito, o *interesse público* torna-se *Canon* ou parâmetro que permite o controle judicial da atuação da Administração Pública, uma vez que a Constituição ao determinar os direitos e vincular os fins e princípios da ordem política, determina quais são os interesses que devem ser concretizados pelos programas políticos de governo e, portanto, ser objeto da ação administrativa, permitindo a anulação dos atos que não observem aquela eleição.²⁹⁰

287 ENTERRIA, Eduardo Garcia. La Lucha contra las inmunidades del Poder em el derecho administrativo: Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas Ediciones, 1983. p. 39-40 e 43.

288 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit. 89 e 114.

289 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002. p. 19.

290 GIL, José Luis Meilán. Op. cit. p. 179 e 181.

Ademais, o controle de constitucionalidade dos atos administrativos encontra raízes no próprio Estado Democrático, onde a autoridade pública e o cidadão devem estar submetidos ao direito, que deve ter uma origem *legítima* e não apenas uma *legalidade administrativa*: todos os atos da administração devem ser controlados, divergindo os Estados na maneira e nos instrumentos adequados à sua efetivação.²⁹¹

Observa-se, portanto, que com a ascensão do Estado Democrático de Direito e as contribuições trazidas pela pelo reconhecimento dos *direitos fundamentais* como um dos interesses perseguidos pela ação administrativa como forma não apenas de restringir a atuação da Administração Pública, mas de garantir a legitimação da escolha administrativa, uma vez que faz parte de decisões fundamentais da sociedade.

Neste viés, veicula a Constituição um núcleo de consensos mínimos sobre determinados bens, interesses e valores, que podem se identificar com interesses públicos ou simplesmente interesses ligados à grupos sociais ou aos indivíduos singularmente considerados, sem que para tanto percam sua hierarquia formal e axiológica e, portanto, orientem a reconstrução da disciplina administrativa à luz do Estado Constitucional.

O tema será tratado a seguir.

291 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit. p. 85.

2.4. Do princípio basilar do direito administrativo à um dos princípios da ordem constitucional: da noção de supremacia à ponderação com outros bens e valores da lei fundamental

Como visto, a atividade administrativa se liga a própria existência do ente estatal, sendo observado desde a Antiguidade Clássica, da Grécia ou de Roma, até a Modernidade, como um dos princípios mais constantes que orientam a ação administrativa, ainda, que sob designações plurais – bem comum, utilidade pública ou necessidades coletivas – a persecução do interesse público.

Por esta razão, o interesse público, como aponta a literatura, é da própria “essência” do Direito Administrativo, tido, portanto, como “o critério do interesse geral, além de constituir a espinha dorsal do direito Administrativo *há de presidir o regime jurídico de todas e cada uma das categorias e instituições que compõem o conjunto do Direito Administrativo*”²⁹².

Tal assertiva é corroborada pela doutrina pátria brasileira do Império, que afirmava que há certos interesses gerais ou coletivos de “grande importância” que todos os ordenamentos jurídicos reconhecem, sendo observada em todas as instituições estatais desde a Antiguidade a proteção dos interesses coletivos “mais importantes dos seus cidadãos”, tarefa precípua da Administração.²⁹³

Ademais, já reconhecia que inexistia um fundamento único para toda a ação administrativa, de forma que cada uma das tarefas administrativas está sujeita a princípios específicos que não necessariamente se limitam à prossecução do interesse público, tanto que apontava a existência de princípios gerais, do Direito

292 MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Op. cit. p. 3 e 14.

293 RIBAS, Antônio Joaquim. Op. cit. p. 5 e 199.

Administrativo, fundados não apenas sob a noção de utilidade pública, mas sob a *razão, justiça e equidade*²⁹⁴.

Da mesma forma, na República, a doutrina já apontava como “princípio fundamental”, que dota o Direito Administrativo de especialidade e de autonomia, o “princípio da utilidade pública”, que se exterioriza na finalidade da Administração Pública de prover a “segurança do Estado, à manutenção da ordem pública e à satisfação de todas as necessidades da sociedade” e produz “a formação do Direito Administrativo”.²⁹⁵

Inclusive, reconheciam que não se tratava de princípio único, pois ao admitir a inexistência de um “conteúdo jurídico” de utilidade pública, cuja determinação do seu “largo e variável conteúdo” cabia precipuamente ao Governo ou Poder Legislativo dizia que esse princípio fundamental do Direito Administrativo poderá certas vezes “reclamar a realização concomitante de princípios jurídicos” citando, por exemplo, da legalidade.²⁹⁶

Porém, se sob a égide de tais formas estatais voltadas à afirmação do soberano ou da soberania estatal era possível sustentar a existência de um único fundamento central capaz de legitimar e ordenar a ação estatal, não parece que com a ascensão dos pilares do liberalismo e a sujeição formal e material dos entes públicos à um conteúdo mínimo possa limitar o papel do Estado apenas à proteção do interesse público.

Com a ascensão de um Estado de Direito, ao menos em sentido forte, há de se reconhecer que além da consagração do princípio da legalidade e da separação dos poderes há a consolidação

294 REGO, Vicente Pereira do. Op. cit. p. 8.

295 LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. p. 15-17.

296 LIMA, Ruy Cirne. Op. cit. p. 16.

dos direitos fundamentais e, portanto, de outros fins que não se limitem apenas à proteção da esfera pública pelos entes estatais, mas igualmente a preservação dos espaços privados de autonomia, com seus interesses e direitos.

Com a ascensão de um modelo de Estado Constitucional de Direito com não apenas o reconhecimento da lei fundamental, mas de sua hierarquia formal, mas a sua supremacia axiológica na ordem jurídica reconduzindo as normas, institutos e categorias em torno do seu núcleo básico de consensos mínimos, há de se reconhecer que a ação do Estado e, portanto, da Administração Pública não se limita aos interesses coletivos.

Com a consagração constitucional dos direitos fundamentais como o alicerce de todo ordenamento jurídico, não é possível identificar um “conceito abstrato e geral” para a expressão interesse público como simplificação de todos os interesses na sociedade, sendo o papel do Estado e campo do Direito Administrativo à composição dos interesses estatais e não estatais *com o fim de assegurar a promoção dos direitos fundamentais*.²⁹⁷

Há uma relação íntima entre os direitos fundamentais e os poderes públicos, que corresponde a principal garantia dos cidadãos frente ao Estado e orienta o sistema jurídico e político ao respeito e promoção da pessoa humana²⁹⁸, bem como, um dever do Estado-Administração de proteção de outros bens e interesses essenciais à sociedade que, também, são veiculados pela ordem jurídico-constitucional e demandam a atuação estatal.

Tida a Constituição enquanto a “ordem jurídica *fundamental* de uma comunidade”, não ordena apenas a “vida não estatal” – com a veiculação dos direitos e garantias dos indivíduos – mas,

297 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso... Op. cit. p. 125.

298 PEREZ, Antônio E. Luno. Los Derechos Fundamentales. Madrid. Ed. Tecnos. 1995. p. 20.

também, a “vida estatal” – fixando os princípios reitores que devem reger a unidade política e as tarefas que devem assumir o Estado, os procedimentos para resolução de conflitos nas bases e os princípios gerais sobre o qual repousa a ordem jurídica.²⁹⁹

Reconhecer que os direitos fundamentais assumem um papel de proeminência no Estado Democrático de Direito, não significa considerar que ocupem todo o espaço ou assumam uma *superioridade* sobre os demais bens e interesses tutelados, mas que ocupem uma posição de *centralidade* no ordenamento jurídico instituindo uma ordem objetiva que irradia seus valores por ela condicionando a sua interpretação, mas não se impondo sobre os demais.

Por efeito, tal qual a ação administrativa não é orientada exclusivamente pelos interesses tidos públicos, não se restringe à realização dos direitos fundamentais, uma vez que há outros bens e valores tutelados pela ordem jurídica que devem ser perseguidos e, portanto, são igualmente elementos estruturantes ou categorias fundamentais da disciplina administrativa.

Pode-se identificar como uma cláusula geral do princípio do interesse público, a norma constitucional que consagra como *um* dos objetivos do Estado Brasileiro, “promover o bem de *todos*, *sem preconceitos* de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”³⁰⁰, de forma que o interesse público não se confunde com a “vontade do aparato estatal” ou “desejo da maioria”, mas o “bem de todos”.³⁰¹

299 HESSE, Konrad. Concepto y Cualidad de La Constitución in: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: CEC. 1983. p. 16-17.

300 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 3º “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

301 FREITAS, Juarez. FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4 ed. refundida e ampliada. Malheiros: São Paulo, 2009. p. 54.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

Atua como um dos princípios diretivos da ordem social³⁰² e econômica³⁰³, que orienta a competência comum³⁰⁴ e a cooperação³⁰⁵ dos entes federativos na realização dos fins estatais, bem como, de órgãos constitucionais³⁰⁶, sendo previsto em inúmeras outras regras constitucionais que consagram a prossecução do interesse público como uma das finalidades da sociedade política, ainda que sob o desígnio de interesse nacional ou bem comum.³⁰⁷

Em certas hipóteses, o legislador constituinte realizou a ponderação normativa de interesses, definindo a preponderância do interesse público em dadas hipóteses, sempre submetidas ao *princi-*

302 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 193. “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

303 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.”

304 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 23. “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

305 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Artigo 25: “§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”

306 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 127. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

307 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Artigo 5º XXIX e XXXIII, Artigo 12 § 4º I, Artigo 37 inciso IX, Artigo 52 inciso V, Artigo 57 § 6º inciso I e II, Artigo 148 inciso II, Artigo 172, Artigo 176, Artigo 184 dentre outros.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

pio da legalidade, como, por exemplo, as restrições à propriedade³⁰⁸, a publicidade de atos processuais³⁰⁹, a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas³¹⁰ e as revisões das doações e concessões de terra pública³¹¹ e submetida ao *controle judicial*³¹².

Em alguns, condiciona essa primazia à aferição em concreto, como no processo judicial da perda de nacionalidade do bra-

308 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Artigo 5º “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; “XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”

309 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Artigo 5º “LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”

310 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Art. 231. “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

311 BRASIL, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 5 de Outubro de 1988. Art. 51. “Serão revistos pelo Congresso Nacional, através de Comissão mista, nos três anos a contar da data da promulgação da Constituição, todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1º de janeiro de 1962 a 31 de dezembro de 1987.” “§ 2º - No caso de concessões e doações, a revisão obedecerá aos critérios de legalidade e de conveniência do interesse público.”

312 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Artigo 5º “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

sileiro naturalizado³¹³, no caso de greve de atividade essencial ao interesse público³¹⁴, na publicidade dos atos judiciais se existente na demanda interesse público à informação que se sobreponha à intimidade³¹⁵ ou no processo administrativo relativo às garantias institucionais do magistrado ou *parquet*³¹⁶.

Em outras, define a preponderância do interesse privado sobre o público, como a não sujeição da propriedade rural a desapropriação³¹⁷, o impedimento à emenda constitucional tendente a

313 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Artigo 12: § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I - tiver cancelada sua naturaliza, por senten judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;”

314 BRASIL, Constitui da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Artigo 114: “§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo  Justiça do Trabalho decidir o conflito.”

315 BRASIL, Constitui da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Artigo 93: “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservao do direito  intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público  informao;”

316 BRASIL, Constitui da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Artigo 93: “VIII o ato de remoo, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se- em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;” Artigo 128: “§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados (...) estabelecerão a organizao, as atribues e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;”

317 BRASIL, Constitui da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Art. 185. “São insuscetíveis de desapropriao para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva.”

abolir os direitos e garantias individuais³¹⁸, a vedação ao embaraço ao funcionamento dos cultos religiosos ou igrejas³¹⁹, o dever de certidão em situação de interesse pessoal independente do pagamento de taxas³²⁰, dentre outros.

Note, portanto, que o interesse público embora possa ter conteúdo indeterminado é um conceito jurídico – previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional – afastando-se qualquer “construção intelectual ou abstrata como poderia desejar-se supor” de alcance indeterminado, impedindo uma aplicação precisa, determinada e inequívoca em determinada hipótese.³²¹

Por efeito, a Administração Pública não atua com autonomia absoluta, mas na medida da consecução do interesse público consagrado na Constituição ou na legislação que impõe a sua atuação determinada na adoção de certas medidas para a sua concretização, inclusive, a sua valoração em concreto, com a eleição de uma das opções possíveis dentro do campo concedido pela norma.³²²

318 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Artigo 60: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”

319 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Artigo 19. “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

320 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Artigo 5º “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

321 ENTERRÍA, Eduardo García de. Democracia, Jueces Y Control de La Administración. Madrid: Thomson Civitas, 2009. p. 230.

322 ENTERRÍA, Eduardo García de. Democracia... Op. cit. p. 236.

Por um lado, isto importa na superação da insindicabilidade do interesse público pelo Poder Judiciário, pois uma vez que o seu conceito é constitucional, com “significado jurídico perfeitamente marcado” compete aos órgãos judiciais ao qual é atribuída a jurisdição constitucional na guarda da lei fundamental, de forma inescusável interpretar os casos questionados e definir o seu alcance concreto.³²³

Isto porque, a indeterminação lógica do enunciado não se traduz em uma indeterminação absoluta de sua aplicação, que permita qualquer interpretação adversa ou uma invocação meramente “caprichosa” capaz de legitimar qualquer solução, mas que ao contrário, a manifestação pela norma desses conceitos aponta para uma realidade concreta perfeitamente indicada como determinante.³²⁴

Ao contrário, apenas demarca a existência de um espaço legítimo de margem de apreciação do interesse público Administração Pública, porém está sempre “necessariamente iluminada e corretamente guiada” por um núcleo do conceito de interesse público definido pela norma jurídica, de forma que o controle judicial se produzirá quando os limites daquela margem de apreciação tiverem sido transgredidos.³²⁵

Por outro lado, a qualificação jurídica do interesse como público não importa necessariamente na sua preponderância em concreto, pois se houver um conflito entre esse e outro princípio ou regra, não tendo havido a ponderação pelo legislador constituinte ou ordinário, caberá a Administração na prática do ato ou o Judiciário no controle ponderar os interesses envolvidos à luz da proporcionalidade verificando qual cederá ao outro no caso.

323 ENTERRÍA, Eduardo García de. Democracia... Op. cit. p. 238.

324 ENTERRÍA, Eduardo García de. Democracia... Op. cit. p. 252.

325 ENTERRÍA, Eduardo García de. Democracia... Op. cit. p. 257.

Neste tocante, quando o ordenamento jurídico atribui ao Estado o dever de tutela sob certo interesse, qualificando-o como público isto não importa que este assuma uma prevalência diante dos outros interesses, também, consagrados pela ordem jurídica, mas também não impede que a mesma ordem determine em dadas hipóteses através de normas preponderância do interesse público em certa hipótese sobre o privado.

Sob tal égide, a doutrina aponta com destreza a distinção entre *interesse público em sentido mínimo* – quando a ordem jurídica tutela um interesse como público legitimando a atuação estatal – e *interesse público em sentido forte* – quando impõe a sua prevalência em determinado caso sobre certo interesse privado³²⁶, o que neste caso, se adequada à hipótese prevista e observado os requisitos resultará na supremacia do interesse público.

Note que, quando o legislador constituinte ou ordinário dentro da esfera determinada por aquele além de consagrar o interesse público a ser tutelado, estipula a hipótese em que haverá a sua primazia sobre determinado interesse privado, haverá a prevalência do interesse público sobre o privado, desde que o caso concreto se amolde na previsão abstrata e sejam observados, os demais princípios tal qual a *legalidade*.

Assim, ocorre, por exemplo, na desapropriação que não estabelece a norma uma supremacia abstrata, absoluta e apriorística, mas uma ponderação normativa com a preponderância de certo interesse qualificado por lei como público – necessidade ou utilidade pública³²⁷ – sobre dado interesse privado – propriedade– des-

326 SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse Público em sentido mínimo e em sentido forte. Interesse Público. n. 28, v. 5, p. 31, 2004.

327 BRASIL. Decreto-Lei 3.365 de 21 de Junho de 1941. Art. 1º A desapropriação por utilidade pública regular-se-á por esta lei, em todo o território nacional. Art. 5º Consideram-se casos

de que no caso concreto sejam observadas as restrições – procedimento legal e indenização prévia, justa e em dinheiro.³²⁸

Distinta é a situação do agente sanitário que a título de tutela da saúde pública e devido ao atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, adentra em casa sem autorização, viola a ponderação do legislador constituinte que determinou quais interesses qualificados públicos – flagrante delito, desastre, necessidade ou decisão judicial – poderiam em concreto e em respeito à lei prevalecer sobre aquele interesse privado – inviolabilidade do domicílio.³²⁹³³⁰

Porém, quando o legislador constituinte ou ordinário dentro da esfera determinada por aquele apenas consagra o interesse público a ser tutelado, sem qualificar a prevalência sobre dado interesse privado em determinada hipótese, caberá a Administração Pública na prática do ato ou ao Poder Judiciário no controle, realizar o juízo de ponderação para verificar qual interesse prevalece no caso em concreto.

Assim, por exemplo, tendo a Constituição garantido a inviolabilidade do direito de liberdade e a tutela do direito à saúde, pode a Administração Pública mediante a ponderação dos interesses no caso concreto utilizando como parâmetro a proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido

de utilidade pública: a) a segurança nacional; b) a defesa do Estado; c) o socorro público (...) p) os demais casos previstos por leis especiais.

328 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1998. Artigo 5º: “XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

329 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1998. Artigo 5º: “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

330 SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse... Op. cit. p. 41.

estrito, restringir o direito de liberdade de ir e vir com isolamento hospitalar de portador de doença transmissível.

Note, portanto, que a sociedade democrática produz uma pluralidade de interesses contrapostos, consagrando a Constituição, como legítimos os interesses dos diversos grupos, em princípios de conteúdo diverso que traduzem valores contrapostos e propiciam soluções aparentemente contraditórias, de forma que o regime de direito administrativo reflete o esforço “de produzir um sistema racional e destituído de contradições”.³³¹

Assim, demarca com destreza, “não existe um fundamento jurídico único para o direito administrativo”, pois o ordenamento jurídico é composto por uma pluralidade de princípios que refletem a multiplicidade de valores consagrados constitucionalmente e que não guardam supremacia de uns sobre os outros, pois “todos tem assento constitucional idêntico e se encontram no mesmo nível hierárquico”.³³²

De tal sorte, a relação administrativa não é orientada apenas pelo princípio do interesse público, mas “resulta qualificadamente imantada pela totalidade dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos regentes da administração pública”, do “plexo inteiro dos princípios e direitos fundamentais do Estado Democrático” que permite convertê-la em “autêntica relação republicana”.³³³

Assim, em um Estado Constitucional de Direito, compete à Constituição delinear os princípios fundamentais que estruturará o Direito administrativo, indicando as diretivas de desenvolvimento do sistema normativo, razão pelo qual, pode-se aludir que a sua “identidade” é de-

331 MARÇAL JUSTEN FILHO. Curso... Op. cit. p. 110.

332 MARÇAL JUSTEN FILHO. Curso... Op. cit. p. 115.

333 FREITAS, Juarez. O controle... Op. cit. p. 60-61.

terminada pela lei fundamental e, portanto, que há uma “espécie de código genético” do regime administrativo imposto pela Constituição.³³⁴

Neste sentido, chama a literatura a atenção para a impossibilidade de “formulação de um critério único, substancial, de explicação da ‘essência’ do Direito Administrativo”³³⁵ fixando uma noção unificadora do regime administrativo enquanto a unificação de um sistema plural de normas que regulam relações sob domínio do Direito Público e do Direito Privado em apenas um princípio.

A própria literatura que sustenta a supremacia do interesse público reconhece que o Direito Administrativo se baseia em “duas idéias opostas”, consagrando de um lado a proteção aos direitos fundamentais em face do Estado, que fundamentaria o princípio da legalidade e de outro a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, embora indique que conduza a outorga de prerrogativas e privilégios.³³⁶

Não se apóia, portanto, a disciplina administrativa enquanto ciência jurídica, apenas em um fundamento, mas em princípios estruturantes do regime administrativo brasileiro que veiculados pela Constituição orientam a formação e interpretação de suas normas, categorias e institutos, dentre os quais além da prossecução do interesse público se destacou ao longo deste trabalho o *princípio da legalidade* e os *direitos fundamentais*.

No que tange os *direitos fundamentais*, a doutrina do século XX já apontava que desde a Independência, o Estado Brasileiro inscreveu o influxo das ideias liberais em todas as Constituições da República, o princípio da inviolabilidade dos direitos políticos e sociais, de forma

334 MARÇAL JUSTEN FILHO. Curso... Op. cit. p. 107.

335 ESTORINHO, Maria João. Op. cit. p. 340.

336 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Do Direito privado na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 1989. p. 71.

que o “Direito Público pátrio assegura tradicionalmente o exercício dos direitos políticos e a inviolabilidade dos direitos individuais”.³³⁷

O interesse público se relaciona com os direitos fundamentais, pois corresponderia, a uma “falácia” a título de persecução do benefício da coletividade resultar na “aniquilação” dos direitos dos indivíduos, sendo uma “insalvável antítese lógica”, pois “ao destruir os direitos dos indivíduos em prol da coletividade, há que se destruir também, ao mesmo tempo, a base necessária de ordem e justiça sobre a qual essa coletividade inteira repousa”.³³⁸

No que tange a literatura administrativista do Império, já apontava que o conceito de utilidade pública é determinado pela legislação em um “círculo elástico” que “ora amplia, ora restringe”, cabendo a autoridade administrativa além da função geral de “manutenção da ordem pública, segurança do Estado, e às diferentes necessidades da sociedade”, também, de prover “por meio de regulamentos á *execução da lei*”.³³⁹

O princípio da legalidade se correlaciona com a prossecução do interesse público, enquanto fundamentos do regime administrativo, pois nenhuma decisão estatal pode ser justificada num “pretense bem comum incompatível com a ordem jurídica, mesmo quando a decisão governamental merecer a aprovação aparente da maioria da população”, sob a pena de tornar-se uma ordem política fascista.³⁴⁰

Por esta razão, relembram os autores, não é suficiente a mera “alegação” do interesse público para lastrear atos administrativos, devendo ser evidenciado os pressupostos de fato e de direito que indiquem verdadeiro primado deste princípio sobre os demais no

337 TACITO, Caio. O Abuso de Poder Administrativo no Brasil. Rio de Janeiro: Depto. Adm. do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Adm, 1959. p. 15-17.

338 GORDILLO, Agustín. Tratado... Tomo II. Op. cit. VI-31.

339 REGO, Vicente Pereira do. Op. cit. p. 6 e 37.

340 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 84.

caso concreto, sendo minimamente aceitável tomar a vontade do aparato governamental “quase por definição particularista, como sinônima de interesse geral propriamente dito”.³⁴¹

Isto porque, há ausência de um “interesse público unitário com a pluralidade de interesses protegidos juridicamente no estado contemporâneo”, de forma que se deve combater a “postura não democrática de promover o sacrifício dos interesses não estatais sem maior preocupação mediante a mera e simples invocação da conveniência estatal denominada interesse público.”³⁴²

Não existe um interesse público “único, estático e abstrato”, *mas finalidades públicas normativamente elencadas*, que não necessariamente estão em confronto com os interesses privados, mas que em caso do conflito, impõe uma Administração Pública sob a égide do Estado Democrático de Direito apresentar “ônus argumentativo maior para demonstrar a legitimidade de sua atuação para os verdadeiros titulares do poder: o povo”.³⁴³

No conflito entre princípios resolvido no campo da ponderação de valores sob a égide do princípio da proporcionalidade o ajuste de valores depende de uma instância argumentativa capaz de conduzir ao intérprete dentre as significações possíveis do problema e os argumentos apresentados, aqueles que consigam prevalecer, definindo qual princípio cede para o outro e em qual medida.³⁴⁴

No caso do princípio da prossecução do interesse público, para que tenha maior peso no juízo de ponderação com os interesses envolvidos, não basta fundamentá-lo em uma suposta su-

341 FREITAS, Juarez. O controle... Op. cit. p. 58.

342 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso... Op. cit. p. 116 e 125.

343 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. cit. p. 105-106.

344 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 258-259.

premacia ou nas imperiosas necessidades coletivas, mas dotá-lo de uma argumentação jurídica baseada em parâmetros *racionais* e *objetivos*, capaz de legitimar a sua preponderância em concreto e trazer maior grau de objetividade e previsibilidade na decisão.

Por efeito, devem-se adotar argumentos jurídicos ligados diretamente ao *texto da regra específica* a ser adotada, bem como, que possam ser objetivamente convalidados coletivamente, em detrimento a qualquer argumento metajurídico ou mais genérico e subjetivo como a mera invocação do “interesse público” ou dos seus derivativos, mais ligadas a concepções pessoais e ao perfil psicológico de cada julgador.³⁴⁵

Também, deve ser realizada a *vinculação do interesse público ao princípio democrático*, de forma que a superação da sua indeterminação ocorre quando há a *demonstração de sua afetação a interesses socialmente majoritários* e, portanto, dota a determinação do conceito pela Administração Pública de maior legitimidade democrática, evitando os desmandos que podem produzir sua indeterminação.³⁴⁶

Sob tal égide, é possível adequar o princípio da prossecução do interesse público com o Estado Democrático de Direito, uma vez que impõe na sua aplicação em concreto mediante o juízo de ponderação com demais regras ou princípios, o dever de argumentação jurídica objetiva e, portanto, controlável, com a demonstração do fundamento jurídico-positivo e legitimidade democrática da eleição realizada.

Assim, ajusta-se o princípio da prossecução do interesse público com os demais princípios estruturantes da disciplina administrativa, permitindo a incidência em concreto daquele que obtiver maior peso, contribuindo na tensão entre *público* e *privado*, os *direitos individuais* e os *interesses da comunidade política*, uma justa medida que permita a plena realização de ambos os interesses tutelados pela ordem jurídica.

345 ARAGÃO, Alexandre. Op. cit. p. 10-11.

346 CALERA, Nicolás López. Op. cit. p. 147-148.

2.5. A indeterminabilidade do interesse público e o princípio democrático: a participação popular e a aplicação da public choices no processo de definição na decisão administrativa

Se por um lado verifica-se o fortalecimento dos direitos fundamentais, por outro, a democratização política, fortalece o exercício de tais direitos na ação unilateral do Estado, conduzindo a uma reavaliação dos poderes administrativos e a uma descentralização dos serviços públicos³⁴⁷, e, portanto, da própria noção de domínio estatal acerca do interesse público, bem como, do seu papel na ordem jurídica e democrática.

Em um Estado Democrático de Direito, a legitimação não se restringe tão somente ao *exercício* da soberania popular – no exercício dos direitos políticos dos cidadãos em um sistema representativo – mas no seu *conteúdo*, ou seja, nos interesses almejados por aqueles, sendo que a legitimidade dos poderes públicos está fundada também no respeito aos interesses públicos.³⁴⁸

Assim, com o processo de constitucionalização, observa-se, também, uma inflexão da lógica democrática que não poderia deixar de gerar consequências sobre o Direito Administrativo³⁴⁹, que importa na submissão da Administração Pública ao dever de concretização dos *direitos fundamentais* uma necessária reavaliação na ação administrativa no que trata da discricionariedade acerca do interesse público.

347 TÁCITO, Caio. A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, n. 215. p. 1, jan/mar 1998.

348 CALERA, Nicolás López. Op. cit. p. 131.

349 CHEVALLIER, Jacques. Le Droit.... Op. cit. p. 34.

Isto porque, a margem conferida pela lei à decisão concreta da Administração Pública do que é interesse público – que embora seja uma das categorias essenciais da disciplina administrativa não é dotado de parâmetros jurídicos “substanciais” de definição – é muito ampla, deixando a sua definição a critério exclusivo do governante ou do administrador, se confundindo, muita das vezes com a sua “concepção subjetiva, pessoal”.³⁵⁰

Uma vez que o fundamento da legitimidade da Administração Pública repousa na legalidade, ambas convergem, detalhando e precisando, de várias formas e em vários níveis, o conteúdo do *interesse público* de uma sociedade organizada, não é dotado de plena liberdade, uma vez que a partir da Constituição, as manifestações de nível em nível tornam-se cada vez mais vinculadas, com gradual redução do espaço decisório aberto aos administradores.³⁵¹

Assim, embora a discricionariedade seja compreendida como a competência para definir administrativamente o interesse público previsto na norma legal, há limites para seu exercício: se submetendo a *oportunidade* ao princípio da *realidade* – existência e suficiência e – da *razoabilidade* – adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade; e a conveniência tem como limite a *possibilidade, conformidade e eficiência*.³⁵²

Porém, a crise da democracia representativa em uma sociedade pluralista, o déficit de legitimidade da função administrativa em atender os interesses da sociedade, a centralidade do homem assumida na ordem jurídica a redefinição do papel da Administração Pública em

350 BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13 e 15.

351 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade... Op. cit. p. 11 e 15.

352 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade... Op. cit. 49-50.

razão da dignidade da pessoa humana, torna-se necessária uma ampliação da participação do indivíduo na sociedade contemporânea.³⁵³

Isto porque, atuando o Direito Administrativo como disciplina de “realização efetiva” dos direitos fundamentais da pessoa produz-se um “profundo impacto” nas suas instituições, de forma que quando a atuação administrativa com fins de gestão do público atua com *unilateralidade* sem a participação da sociedade, atenta contra os direitos fundamentais e acaba, portanto, se afastando do interesse público.³⁵⁴

Por um lado, envolve um modelo de *democracia participativa* com a formação da vontade política de “baixo para cima” em um processo de decisões onde o povo participe em todos seus componentes – individualistas e coletivistas – da decisão política, com a abolição do “domínio dos homens sobre os homens” da teoria democrática representativa – marcada pela falta da participação direta e do mandato livre e totalmente desvinculado do cidadão.³⁵⁵

Por outro, envolve a compreensão de que de *súdito* – sujeito subordinado ao Estado, o administrado foi elevado ao *status* de cidadão alterando o papel tradicional da Administração Pública que torna necessário o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social.³⁵⁶

Por efeito, a tendência é a participação dos cidadãos na Administração Pública, que envolve a identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, associa-se ao decréscimo da discricionariedade, propicia atenuação da unilateralidade na forma-

353 BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p. 120-121.

354 MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Op. cit. p. 21.

355 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito... Op. cit. p. 409.

356 BAPTISTA, Patricia. Op. cit. p. 129-130.

ção dos atos administrativos e liga-se também as práticas contratuais baseada no consenso, na negociação e na conciliação de interesse.³⁵⁷

Essa incidência da *democracia* na atividade administrativa importa na *processualização* da atividade administrativa – com a democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa – que resulta no respeito aos direitos do interessado ao contraditório e ampla defesa, na ampliação da informação acessar das repercussões fáticas e jurídicas da intervenção administrativa e atribuir maior consensualidade na decisão estatal.³⁵⁸

A participação administrativa se liga, portanto, em uma primeira acepção a um instrumento de garantia dos direitos fundamentais individuais, que torna possível ao indivíduo exercer influência em processos ao qual ele é afetado, na defesa e promoção de seus próprios interesses, permitindo a Administração ter acesso a maiores informações permitindo uma visão mais completa dos fatos e das questões relacionadas ao objeto da decisão.³⁵⁹

Em uma sociedade marcada pela crescente elevação dos índices de informação e de educação, despertando a consciência dos cidadãos sobre seus interesses, demandam os mesmos realizarem não apenas as escolhas subjetivas dos seus governantes, mas participarem na tomada das decisões objetivas que envolvam diretamente seus interesses individuais e metaindividuais notadamente na Administração pela proximidade com os mesmos.³⁶⁰

Por efeito, no conflito entre interesse privado e interesse público, a participação administrativa pode atuar como instrumento que

357 MEDAUAR, Odete. O Direito Adm... Op. cit. p. 228-230.

358 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 77.

359 BAPTISTA, Patricia. Op. cit. p. 131 e 133.

360 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações... Op. cit. p. 12.

contribui com maior grau de racionalidade, consensualidade e legitimidade à decisão administrativa, ao permitir com a dialética entre a Administração e administrado a troca de argumentos objetivos, a possibilidade de acordo e o consenso com a decisão adotada.

Em outra acepção, se liga a garantia dos direitos fundamentais sociais, econômicos e políticos, por permitir mediante a participação administrativa, o exercício da cidadania coletiva na defesa dos interesses comuns, coletivos e difusos³⁶¹, com a captação imediata da pluralidade de interesses e síntese pela Administração Pública do *interesse público* o que atribui maior legitimidade.

Neste tocante, observa-se a tendência a pluralização das instituições participativas, multiplicando e facilitando a aplicação das tradicionais – como o *referendo*, *plebiscito* e a *iniciativa popular* – e ampliando o uso de novas instituições que despontam no campo do Direito Administrativo – *coleta de opinião*, *debate público*, *audiência pública*, *colegiado misto* dentre outros.³⁶²

Por efeito, restringe-se o espaço de liberdade da Administração Pública na eleição do interesse público, também, no vértice democrático, de forma que se compete à Constituição ou a legislação mediante delegação desta, definir quais interesses são julgados como públicos. Cabe a Administração Pública na sua definição em concreto, permitir a participação dos interessados envolvidos e da sociedade em geral dotando a decisão de legitimidade.

Há, portanto, um refluxo da imperatividade e uma tendência reequilibradora da coerção na ação administrativa, de forma que a gestão de interesses públicos passa a ser marcada pela *consensualidade* com o emprego de formas de coordenação, cooperação e cola-

361 BAPTISTA, Patricia. Op. cit. p. 132.

362 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 14.

boração na sua gestão, bem como, adoção de formas de composição alternativas na solução de conflitos com interesse privado.³⁶³

Buscando maior eficiência na solução dos conflitos de interesse entre os cidadãos e o Estado, adota a Administração um perfil *Consensual* – com a participação dos indivíduos no poder por meio da adoção de técnicas de composição como a arbitragem, mediação e conciliação – e *Policêntrica* – com a fragmentação do poder nas instituições administrativas mediante a presença de agências reguladoras e maior liberdade de ação aos órgãos.³⁶⁴

Não obstante, o princípio democrático de índole constitucional atue na readequação da noção que o princípio administrativo do interesse público não se pode ignorar os limites da participação decorrente do próprio processo majoritário, ao qual faz-se breve análise à luz de determinada vertente da *public choice* no que tange ao seu processo de delimitação.

Para tanto, para análise do tema pode-se partir de um individualismo metodológico que considera que qualquer sujeito seja nas suas ações públicas ou privadas é um ser dotado de preferências, valores e motivações que o conduzem dentro de uma instrumentalidade racional à eleição e, portanto, realização de determinados interesses em face de outros³⁶⁵.

Assim, a arena democrática não pode ser considerada à partir de uma visão utópica onde o povo elege representantes para tomada de decisão política, do qual deriva a legitimidade da Administração Pública para a eleição na discricionariedade administrativa,

363 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 41.

364 JUNGSTED, Luiz Oliveira Castro. Direito Administrativo: Estado Gerencial Brasileiro. Niterói: Impetus, 2009, p. 13-14.

365 WEBER, Max. The Theory of Social and Economic Organization. Nova York: Oxford University Press, 1957. p. 320-329.

mas onde certos indivíduos adquirem pela deliberação política ou a competição dos votos o poder de decidir em nome dos outros³⁶⁶.

Igualmente não se deve ignorar que os sujeitos públicos em uma competição decidem satisfazer a preferência dos votantes tendo em vista o interesse em sua própria reeleição³⁶⁷ e que, portanto, a democracia como regra da maioria se afasta do objetivo de promover o interesse público³⁶⁸, uma vez que tanto os votantes quanto os representantes buscam satisfazer seus próprios interesses.

Não significa considerar que na arena das decisões políticas os agentes não atuem com fatores não-econômicos para a realização de suas ideologias ao revés de buscar unicamente a satisfação dos seus interesses econômicos com a maximização do seu bem-estar, porém, que no processo decisório de definição do interesse público tais fatores não podem ser desconsiderados.

Caso assim, seria admitir que o interesse público atua antes como uma presunção do que as pessoas em um contexto informado, racional, desinteressado e até mesmo benevolente escolheriam³⁶⁹ do que propriamente aquilo que os sujeitos em um processo de deliberação efetivamente optam a partir de suas preferências, valores ou motivações por escolher.

Neste sentido, uma primeira afirmação que pode se fazer é que interesse público não é um mero processo de agregação de preferên-

366 SCHUMPTER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper and Row, 1943. p. 322.

367 Sobre o tema, vide: DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper & Bros, 1957.

368 ARROW, Kenneth. *Social Choices and Individual Values*. New York: John Wiley and Sons, 1951. p. 9-17.

369 Sobre o tema, vide: LIPPMAN, Walter. *Public Opinion*. New York: Harcourt Brace, 1922.

cias individuais³⁷⁰ e que reduzir o processo de tomada de decisão à regra da maioria é ignorar que isto funciona apenas para ambientes onde o processo de escolha seja limitado e não diante de uma pluralidade de interesses colidentes e vetores influenciadores.

Assim, as dificuldades decorrentes do processo democrático no que tange a delimitação do interesse público decorrerá precipuamente que mesmo com a participação direta as escolhas coletivas não produzirão equilíbrios, já que estarão sujeitas a manipulação política por agentes que manuseiam o processo de forma a garantir a realização de seus interesses.³⁷¹

Há quem sustente, inclusive, que mesmo se buscada a criação de regras que permitam essa tomada de decisão coletiva de forma mais equilibrada, nunca será capaz alcançar um resultado a partir das preferências dos indivíduos sobre propostas alternativas, o que produziria sempre uma construção parcial do interesse público em uma sociedade³⁷².

Assim, seja no sistema de votação falseado pelo controle da agenda e da manipulação, no agente político que realiza as escolhas que maximizam o interesse em sua reeleição ou na própria Administração Pública que tem interesses em si³⁷³ o contributo da teoria da *public choice* é o reconhecimento que há sempre uma falha na identificação do que seja interesse público.

Coaduna com a própria impossibilidade nas sociedades contemporâneas marcadas pela pluralidade da construção de um úni-

370 ARROW, Kenneth. Social Choices... Op. cit. p. 61 e ss.

371 RIKER, William H. Liberalism against Populism: A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social. San Francisco: W.H. Freeman, 1982. Capítulo 6 e 7.

372 ARROW, Kenneth. Social Choices... Op. cit. p. 61 e ss.

373 O tema é abordado em: TULLOCK, Gordon. Government Failure: A Primer in Public Choice. Washington: Cato Institute, 2002

co conceito com demandas tão distintas e talvez inconciliáveis que acabem transformando o interesse público em uma miríade decomposta e não mais recomponível de interesses que de fato são tipicamente privados.³⁷⁴

Torna-se necessário superar, portanto, o ideal democrático do interesse público calcado na suposição de que a escolha administrativa que o densifica seja realizada por atores políticos, burocráticos e não-estatais educados, informados e voltados à satisfação dos interesses da coletividade, mas por agentes, inclusive, permeado por resquícios perniciosos da formação das instituições políticas e administrativas brasileiras³⁷⁵.

Ao revés, tais atores sociais são orientados por preferências, valores e motivações que o fazem o votar no “mercado” político seja para maximização do bem estar individual ou a realização de ideologias, sempre apartadas do que seria em um contexto ideal racional e desinteressado de uma noção de interesse coletivo, que sequer talvez seja possível sustentar.

Tais decisões relativas ao interesse público acabam ocorrendo além disto em um mercado político marcado por um cenário de concorrência imperfeita com informação assimétrica, que não permite a alguns dos atores sociais envolvidos ter paridade ou compreensão adequada dos riscos e custos, o que conduz igualmente na construção de uma vontade coletiva incompleta.

A dificuldade associada à noção de interesse público decorre de uma visão inadequada do interesse público como um valor em

374 BOBBIO, Norberto. *Ideologias e poder em crise*. Brasília: Editora UNB, 1988. p. 32.

375 Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000. FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 39 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000 e NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

si – como de um bem coletivo - quando deveria ser tido como um processo³⁷⁶ que demanda, portanto, a compreensão dos elementos que permeiam os sujeitos envolvidos e resulta no processo de densificação do seu conteúdo.

Neste sentido, que pretende trazer aportes que permitam a definição do interesse público tendo em vista um determinado nível de estrutura do processo de decisão coletiva anterior ao próprio processo de tomada de decisão democrática sujeito às dificuldades previamente analisadas.

Isto porque, conforme expõe a literatura, no estágio constitucional da decisão coletiva – escolha das regras – é possível gerar consensos mais alargados do que no estágio parlamentar – escolha sob regras³⁷⁷, de forma que a definição do interesse público ocorrerá de forma equilibrada quando a lei da organização político-jurídica estatal fixa parâmetros.

Não significa considerar que compete a Constituição determinar o conteúdo do interesse público, que é variável e contingente em uma sociedade, mas que os consensos fundamentais acerca dos bens e valores essenciais da sociedade, objetivos e programas de ação estatal fixam as margens para o processo democrático deliberativo delimitar o interesse público.

Em outro vértice, a manipulação da agenda pelos políticos e a tomada de decisão baseada em interesses próprios pela própria Administração Pública podem ser contidos em um modelo político marcado pelo reforço de garantias, procedimentos e órgãos

376 LEWIS, Carol W. In Pursuit of the Public Interest, *Public Administration Review*, Set Out 2006, p. 694 e ss.

377 Sobre o tema, vide: BUCHANAN, James M. Tullock, G. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Michigan: University of Michigan Press, 1962.

institucionais que atuem como freios e contrapesos *checks and balances* junto ao princípio democrático.

Neste viés, são tais elementos – como a consagração do princípio de separação dos poderes, do princípio do federalismo e do princípio do controle de constitucionalidade – que podem contribuir para minimizar em determinado nível a tentativa de apropriação da vontade coletiva na formação do interesse público garantindo uma deliberação democrática menos sujeitas àquelas interferências.

Porém, embora a Constituição veicule consensos fundamentais, a noção adotada de discricionariedade administrativa – que acaba sendo considerado um espaço de escolha amplo uma vez que para literatura jurídica se sujeita a um espaço quase sem controle pela jurisdição – acaba por dificultando a construção de limites na delimitação do interesse público.

De caráter analítico, porém, de natureza principiológica, a tessitura aberta das normas constitucionais junto a interpretação extensiva dada à discricionariedade administrativa permite garantir no âmbito da densificação do interesse público um campo aberto para a realização de preferências, valores e motivações do sujeito, que não necessariamente se vincula ao processo deliberativo com participação direta.

Em outro campo, esbarra ainda no mal funcionamento das instituições políticas estatais e não-estatais, em um contexto marcado pelo déficit democrático das instâncias, desinteresse e apatia pela participação política e falta de acesso a informação inteligível que importa em estreitamento do exercício da cidadania³⁷⁸ com reflexos diretos na participação administrativa.

378 BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático... Op. cit. p. 77-89.

Neste viés, a teoria da *public choice* pode ser capaz de contribuir com a análise do comportamento dos atores que agem politicamente - eleitores, políticos ou a própria Administração Pública – de forma a extrair as preferências, valores e motivações que envolvem o processo de tomada de decisão pública³⁷⁹ contribuindo diretamente na interface do princípio do interesse público ao princípio democrático.

Com a utilização da *public choice* na definição do interesse público ao permitir conhecer não os elementos normativos ou institucionais – como a expertise na delimitação ou concretização das escolhas – por trás da decisão administrativa, mas os elementos pré-normativos dos agentes públicos, sendo capaz de garantir maior legitimidade e transparência na ação administrativa.

Isto apenas é possível através da definição e conhecimento dos mecanismos, que de fato atuam sob o processo de decisão administrativa que densifica o interesse público algo que pode ser aperfeiçoado através da aplicação da teoria da *public choice* na respectiva matéria auxiliando na determinação das possibilidades e limites da aplicação do princípio democrático.

Não obstante, reconhecer que o princípio do interesse público à luz do Estado Constitucional e Democrático de Direito se sujeita a uma densificação de escolhas fundamentais já realizadas pela carta magna e compatibilidade com a deliberação democrática conduz a um redimensionamento da noção de discricionariedade administrativa.

O tema será tratado a seguir.

379 BUCHANAN, James M. *Public Choice: Politics Without Romance*. Disponível em <http://www.cis.org.au/policy/spr03/polspr03-2.htm> acesso em 10.01.2017.



Capítulo 3

Discricionariedade Administrativa e as Decisões Fundamentais, Técnicas e Consensuais

3.1. Da esfera ilimitada à juridicização da discricionariedade administrativa: as proposições de parâmetros no Estado Constitucional e Democrático de Direito

Com o termo discricionariedade administrativa pretende-se compreender o espaço de liberdade decisória concedida à Administração Pública na eleição entre os indiferentes jurídicos, inserto na esfera de atribuição concedida pela norma jurídica e de acordo com a formulação dos juízos de conveniência e oportunidade promovidos por aquele próprio e referido ente³⁸⁰.

Corresponde às chamadas tidas “zonas do não direito” que são os campos de atuação dos poderes concedido à Administração Pública – como as prerrogativas – não sujeitas ao controle do seu

³⁸⁰ Nesta ordem, compreende o mérito administrativo os juízos formulados pela Administração Pública acerca da conveniência, oportunidade, equidade e demais critérios utilizados na decisão administrativa que são definitivos e inquestionáveis perante o poder Judiciário. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da Discricionariedade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 92.

exercício, abrem amplo espaço à arbitrariedade³⁸¹. É inegável, que a liberdade de eleição em concreto do que são interesses da coletividade pelo Estado-Administração e o não controle do mérito dessa escolha pode conduzir ao autoritarismo.

Para alguns, a discricionariedade administrativa ou o poder de discricionariedade tem razão na estrutura lógica de certa categoria de juízos – realizados também pelos demais poderes mesmo particulares – que são formulados a partir de conceitos que pela amplitude e indeterminação de seu conteúdo podem receber especificações diversas³⁸² – e portanto não seria categoria específica do regime administrativo.

Embora usualmente tida como espaço de eleição, que talvez não se limite ao regime administrativo é inegável que se a ascensão do modelo de Estado de Direito com a consagração do princípio da legalidade já importava em uma delimitação do campo decisório do Estado-Administração, com a consagração do Estado Constitucional de Direito isto importará em uma redução do campo de liberdade de ação administrativa.

Isto porque, embora pelos limites da legalidade na fixação dos múltiplos interesses sob a ação administrativa, pela rara adoção de fórmulas explícitas, deixando usualmente definições pouco precisas ou ambíguas ou pela utilização de expressões com conteúdo de difícil determinação como “interesse social”, “bem comum” há um amplo espaço de discricionariedade para a Administração Pública³⁸³ inevitável que há sua sujeição à parâmetros veiculados pela própria Constituição.

381 LOCHAK, Danièle. Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire? Revue Française d'études constitutionnelles et politiques. n. 46. p. 47-48. set/1988.

382 CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1958. p. 17-18.

383 BAPTISTA, Patricia. Op. cit. p. 195-196.

Como visto, o conceito fluido e vago de *interesse público* para o Estado se relaciona com a categoria de *discricionariedade administrativa* que garante a subtração de sua esfera de controle do Poder Judiciário e de *poderes e prerrogativas administrativas* como restrições aos indivíduos sem referência ao regime constitucional de direitos fundamentais.³⁸⁴

Neste sentido, propôs-se no lugar da supremacia do interesse público à máxima realização dos interesses envolvidos como fundamento fim da atividade administrativa, chamando a atenção para o *dever de ponderação dos interesses relevantes* da Administração Pública, como forma de gerar maior razoabilidade na escolha eleita no processo de discricionariedade administrativa.³⁸⁵

Assim, parece inevitável que o primeiro *standards* para balizamento da discricionariedade administrativa corresponde aos bens, valores e interesses essenciais da sociedade eleitos na Constituição e consagrados através principalmente da veiculação dos princípios e direitos fundamentais, que reduzirão o espaço de livre escolha do administrador.

Não se recusa a margem de discricionariedade na ação administrativa para definição do interesse público em concreto, mas a sua vinculação àqueles vários níveis da ordem jurídica, que reduz o espaço aberto aos administradores públicos, bem como, submete a sua delimitação a concretização dos preceitos constitucionais sob pena de esvaziamento da eficácia da lei que justamente produz coerência e harmonia na ordem.

Igualmente foi tratado, que há uma tendência de a participação dos cidadãos na Administração Pública, que envolve a identificação do interesse público de modo compartilhado com a

384 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 3.

385 BAPTISTA, Patricia. Op. cit. p. 204, 208 e 215.

população e associa-se ao decréscimo da discricionariedade, que atenua a unilateralidade na formação dos atos administrativos e liga-se também as práticas baseada no consenso, na negociação e na conciliação de interesse.³⁸⁶

Sob tal viés, um segundo *standard* é o princípio democrático, que irá impor a discricionariedade administrativa desde a informação até a participação dos cidadãos na formação da decisão administrativa, em adequação ao fenômeno de transição da ação administrativa dos atos administrativos unilaterais para os processos administrativos fruto de uma formação consensual.

Por fim, não se pode ignorar que no Estado Constitucional e Democrático de Direito há a ampliação do processo liberal de racionalização do poder com a busca pela implementação de instrumentos de gestão administrativa que permitam maior objetividade e eficiência na ação estatal e, por conseguinte, no próprio processo de decisão pública.

Neste sentido, é possível extrair como um último *standard* de análise em que medida a ampliação da utilização da técnica e demanda por *expertise* na ação administrativa resultam em um balizamento desse espaço supostamente de liberdade plena de discricionariedade para um campo delimitado por critérios técnicos para determinadas matérias que dependam de tais subsídios.

O tema será tratado a seguir.

386 MEDAUAR, Odete. O Direito Adm... Op. cit. p. 228-230.

3.2. A ascensão da atividade regulatória na Administração Pública e o paradigma da previsibilidade técnica para a discricionariedade administrativa

Não obstante alcance relevo com o fenômeno de transformações que notabilizam o Direito Público³⁸⁷, a atividade regulatória antes de nova atribuição da Administração Pública constitui conhecido instrumento de intervenção estatal no domínio econômico e social inerente ao dever de *boa administração* exercido antes mediante atuação precipuamente fiscalizatória de órgãos subordinados³⁸⁸.

Traduz-se a inovação na ordem jurídica pela adoção de um modelo organizativo baseado em *agências*, que dotadas de acentuado grau de autonomia rompem com uma estrutura *piramidal* - onde há recondução de todas as ações administrativas ao gover-

387 Situa-se por um lado no movimento de redimensionamento da imperatividade estatal que buscando um ajuste de equilíbrio entre a coerção e o consenso produz um conceito do público não-estatal em um fenômeno de desmonopolização do poder. Por outro engloba a passagem de uma Administração monista e monorganizada para uma Administração Pública Pluralista e Pluriorganizada em razão da fragmentação e despublicização do interesse público. Sobre o tema, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público...* Op. cit. p. 385-391.

388 Podemos citar dentre os órgãos estatais e comissões de fiscalização que exerciam funções reguladoras, o Conselho Nacional de Telecomunicações e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Todavia, enquanto que o Estado era o responsável direta ou indiretamente pela execução desta tarefa a função fiscalizatória não era desempenhada com eficiência, uma vez que inexistia interesse em expor as próprias falhas ou deficiência da administração. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes* in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 80-82.

no - para uma configuração *policêntrica* da Administração Pública - com a concepção de núcleos de poder externo a *accountability*³⁸⁹.

Decorre da exigência de flexibilidade e comunicabilidade da intervenção reguladora, que demanda instrumentos eficazes para atender a *especialidade*, *complexidade* e *multiplicidade* das questões econômicas e sociais e entes autônomos capazes de equalizar os interesses em jogo a partir dos diversos atores envolvidos na atividade regulada³⁹⁰.

Sua forma de autarquia de regime especial, portanto, coaduna com a demarcação de um espaço de legítima discricionariedade, que permite a necessária *neutralidade técnica* e o devido *insulamento político* capaz de gerar o predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas, evitando interferências externas inadequadas no arbitramento dos interesses no processo regulatório³⁹¹.

389 Enquanto no modelo piramidal, os agentes políticos figuram no ápice da Administração Pública exercendo o controle sobre os demais agentes e sendo responsabilizados politicamente perante a atuação administrativa, na configuração policêntrica as agências reguladoras situam-se em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo. Consulte, por todos: BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo... Op. cit. p. 239-250.

390 Insere-se no processo de especialização e segmentação do Direito Administrativo, que torna necessário o surgimento de novas estruturas – entes reguladores autônomos - capazes de promover mediante novas categorias normas – normas regulatórias – a regulação de subsistemas de normatização e mediação, dotados de conceitos, princípios e procedimentos adequados à sua especialidade do setor econômico ou social. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Ob. cit. p. 82-83. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulador... ob. cit. p. 20-21.

391 Ademais, uma vez que a intervenção sobre a economia ocorre através do exercício de autênticas expressões do poder de polícia estatal, como por e.g. fiscalização e aplicação de sanções, tornou-se necessária a forma sob pessoa jurídica de direito público, justificando-se a implementação das agências reguladoras sob a forma de autarquias com regime especial. BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo... Ob. cit. p. 251.

Isto ocorre através da atribuição de prerrogativas específicas para os referidos órgãos, avaliadas sob um prisma da autonomia *político-administrativa*, que envolve a independência política, normativa e técnica decisional³⁹², e em outro plano sob a autonomia *econômico-financeira*, que compreende a independência gerencial, orçamentária e financeira³⁹³.

Sob tal égide, destaca-se a questão da independência técnica decisional, que corresponde à produção de *decisões politicamente neutras* pelos gestores com *predomínio* de subsídios técnicos e de negociação na motivação dos seus atos³⁹⁴, bem como, a insuscetibilidade de revisão administrativa mediante uso do recurso hierárquico impróprio.

392 Em apertada síntese, a independência política compreende a nomeação dos dirigentes com lastro político, porém, garantido mandato fixo e a impossibilidade de exoneração ad nutum; a normativa a possibilidade de expedição de normas para regular o setor sensível e a técnica decisional a discricionariedade de suas decisões e impossibilidade de revisão administrativa. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório...* Ob. cit. p. 165-166 e 36-45.

393 A independência gerencial, orçamentária e financeira envolve além da autonomia na gestão interna, das rubricas orçamentárias próprias e a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, como as taxas de fiscalização e regulação ou participações em contratos e convênios, que embora permita a independência de recursos orçamentários submete as agências à crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. Revista de Direito Administrativo n. 216. p. 143.

394 Embora verifique-se o predomínio de conhecimentos técnicos na expedição dos atos administrativos pelas agências reguladoras, não importa concluir pela existência de uma discricionariedade técnica, mas apenas de uma discricionariedade administrativa fundamentada por critérios técnicos. Embora os subsídios científicos conduzam a uma solução racional não importam sempre na construção de uma solução unívoca. Assim, verificado pelo agente regulador, diversos meios racionais disponíveis para a consecução do interesse público, cabe proceder a um juízo de conveniência e oportunidade definindo o mais adequado. Sobre o tema: GUERRA, Sergio Antônio Silva. *Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras* in: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 888-889.

Tem por fundamento o domínio de conhecimentos técnicos das agências sobre o setor e dos pressupostos econômicos e jurídicos subjacentes a sua aplicação, que permite dentre as soluções possíveis a eleição discricionária de técnicas de formatação *eficiente* para o segmento regulado, em um complexo usualmente designado de *expertise* ou *tecnicidade*³⁹⁵.

Exterioriza-se no elevado nível de especialização dos seus agentes, no permanente monitoramento e análise dos avanços tecnológicos e econômicos do segmento no nível interno e no plano internacional e no desenvolvimento de conceitos e princípios específicos exigidos pelo setor, em um processo de constante aperfeiçoamento da instituição e aprimoramento do quadro funcional³⁹⁶.

Por efeito, na regulação da atividade econômica são produzidas decisões que referentes a conceitos preponderantemente *técnicos* e voltadas aos *objetivos* das políticas públicas setoriais, tendem a encontrar um ponto ideal entre os interesses dos agentes econômicos e sociais envolvidos, trazendo *eficiência*, *ética* e *profissionalismo* à atividade estatal.

Isto não importa, em afirmar a existência de *integral* imparcialidade nos juízos técnicos formulados pelas agências e, portan-

395 Observa-se, todavia, uma conexão inevitável entre esta especialização exteriorizada no domínio dos conhecimentos específicos do setor regulador e a permeabilidade vislumbrada na necessidade de auxílio de outras áreas do conhecimento, como por exemplo, o subsistema econômico, de modo a propiciar maior efetividade a regulação, evitando que o saber especializado torne-se sem importância ou função prática. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Ob cit. p. 92-93.

396 Abrange a expertise dos órgãos autônomos, a necessidade de constante desenvolvimento do conhecimento regulatório próprio, mediante aperfeiçoamento dos seus agentes e da instituição, como por exemplo, com o estabelecimento de acordos e convênios com instituições de ensino e pesquisa e a contratação de consultorias externas ampliando o know-how sobre a matéria. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. Ob. cit. p. 91 e 96-97.

to, ignorar os inevitáveis limites da especialização e da discricionariedade na atuação reguladora, bem como, as influências que se sujeitam e que ensejam, em certa medida, a possibilidade de controle de seus atos pela jurisdição³⁹⁷.

Embora seja possível delimitar marcos de divisão entre juízos baseados aprioristicamente em conhecimentos científicos e outros com fundamento em conveniência e oportunidade³⁹⁸, há casos que a tecnicidade não é capaz de conduzir a soluções unívocas, produzindo uma margem de elasticidade na decisão que impede a formação de um juízo técnico asséptico do político³⁹⁹.

Ademais, o emprego do conhecimento especializado, em certa medida, deve ser orientado por aspectos da realidade subjacente, pois sem a avaliação dos demais ângulos das atividades envolvidas na regulação pode-se produzir a perda de referência do

397 Uma vez que a função discricionária envolve a eleição baseada em critérios técnicos adequados ao atendimento das finalidades previstas em lei, pode incidir o controle judicial para a correção da ilegalidade ou irrazoabilidade. A análise sobre as questões técnicas apenas ocorrerá para verificar se houve insuficiência, erro de fato ou incongruência, bem como, a transparência e coerência na motivação e não para firmar qual a ciência ou método mais adequado. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Ob cit. p. 356-362.

398 Assim, por exemplo, Renato Alessi, sustenta que o fechamento de um estabelecimento insalubre seria uma decisão sujeita a juízo preponderantemente técnico, ao revés, de concessão de licença para uso de arma que basearia principalmente em um juízo de conveniência e oportunidade. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 113.

399 É inevitável, que diante da existência de diferentes soluções técnicas equivalentes apresentadas, a decisão da Administração Pública seja realizada por critérios não técnicos orientada por um juízo eminentemente político. DAROCA, Eva Desdentado. *Los Problemas del Control Judicial de La Discrecionalidad Técnica*. Madrid: Civitas, 1997. p. 49-50.

todo, com a construção de soluções *irrazoáveis* capazes de produzir efeitos secundários nocivos⁴⁰⁰.

Por fim, convém não ignorar que os próprios conhecimentos científicos encontram-se impregnados por *prévios* critérios de valor, seja exteriorizado nas escolhas dos sistemas, métodos ou técnicas empregados dentre os disponíveis, seja pela sua inserção dentro dos fins a serem perseguidos dentro das políticas públicas formuladas para o setor econômico⁴⁰¹.

Volve-se a questão, a *predominância* do conhecimento científico, técnico ou de experiência na fundamentação do ato administrativo, ou seja, a aplicação de regras objetivas e universais, resultantes da experimentação, sujeitas a comprovação e ordinariamente aceitas como certas, em detrimento da mera apreciação pessoal do sujeito na valoração do objeto⁴⁰².

400 Neste sentido, a exarcebção da especialização ignorando a realidade no fenômeno conhecido como visão de túnel pode conduzir a desvios altamente negativos. Sobre o tema: JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p. 372. Com a mesma advertência: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico. Ob cit. p. 92-96.

401 Isto porque, o planejamento das políticas públicas compreende um processo que resulta na escolha racional e coletiva de metas e prioridades, a partir da dialética resultante dos pressupostos técnicos e materiais de seu gabinete, mediante a identificação do interesse público a ser realizado, de forma a imprimir no gasto público a direção geral da política adotada na satisfação das necessidades sociais. Assim, os critérios técnicos são utilizados para atingir os fins políticos almejados. MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 77, p. 11-23, 2011.

402 Acompanha-se o entendimento de Giannini de que o emprego de critérios técnicos não exclui uma margem de opinião para formação de juízo de valor, por exemplo, os graus de perigos da substância tóxica, sem que importe em apreciação de oportunidade e conveniência, a substância é tóxica ou não é. A tese é citada em: DAROCA, Eva Desdentado. Los Problemas Del Controle Judicial de La Discricionalidad Técnica. Ob. cit. p. 36.

Esta orientação primária por parâmetros científicos importa em redução do *espectro de opções* válidas com a determinação da melhor escolha segundo critérios objetivamente aferíveis por *agentes especializados envolvidos* no processo⁴⁰³, produzindo uma maior *racionalização* e *despolitização* no exercício da atividade reguladora pelo Estado.

Neste sentido, o paradigma da *tecnicidade* restringe-se não apenas a regulação econômica, mas tem aplicação no exercício da atividade administrativa sempre que o emprego de conhecimentos especializados pelos seus agentes possa viabilizar, dentre as opções possíveis, aquela que conduza ao melhor resultado, objetivamente considerado, na tomada de decisão⁴⁰⁴⁴⁰⁵.

403 Inere-se na subtração pelos agentes reguladores especializados de decisões cujo fundamento deve obedecer a regras técnico-científicas da competência direta dos centros de decisão político-administrativa que se pautam por juízos de oportunidade e conveniência formulados por políticos e burocratas não especializados. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Ob. cit. p. 168-170.

404 No mesmo sentido, Massimo Severe Giannini, considera que a utilização de conhecimento técnico não apenas conduz a melhor, porém, por vezes gera a única escolha possível no âmbito da discricionariedade administrativa. Assim, sua aplicação não se restringe nos casos que a lei prescreve a sua utilização, mas em qualquer hipótese onde for necessário ao exercício do poder. Consta das obras BASSI, Franco. *Notte Sulla discrezionalità amministrativa*, in *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1995 p. 54 e IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. Turim: Giappichelli Editore, 1997. p. 414-415 citadas por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. Ob. cit. p. 169.

405 Não se refere, portanto, as hipóteses onde os critérios técnicos constituem único fundamento possível na decisão administrativa, não deixando margem para juízo de conveniência e oportunidade - como, por exemplo, na concessão de aposentadoria por invalidez, em que o laudo técnico aponta a invalidez ou não, conduzindo a concessão ou denegação - tão pouco, os casos em que critérios científicos ou de experiência comum conduzem a uma única solução possível - como, por exemplo, na definição de jogos de azar. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Ob. cit. p. 93. Trata-se do caso onde os subsídios técnicos podem ser utilizados como fundamento da decisão administrativa trazendo maior racionalidade, eficiência e legitimidade. O assunto será abordado no último tópico.

Isto porque, sob o prisma do fenômeno de implantação de um modelo *gerencial* de Administração Pública, a adoção de fundamentos científicos ou técnicos quando possível, antes de mera *faculdade* do agente no exercício da discricionariedade administrativa, constitui um *dever* corolário da *eficiência* e *impessoalidade* que deve permear a atividade administrativa.

Mediante o emprego de conhecimentos especializados pelos agentes no espaço de livre decisão motivada reduz-se a possibilidade de desvio dos atos administrativos, garantindo maior *segurança* aos administrados e atribuindo a necessária *eficácia*, *criatividade* e *flexibilidade* ao funcionamento do organismo burocrático e o próprio exercício da atividade administrativa⁴⁰⁶.

Imprime, portanto, racionalidade, neutralidade e eficiência na gestão pública, erigindo-se como instrumento apto a garantir a construção de uma atividade *imparcial* e *tecnicamente adequada* à tutela dos direitos dos cidadãos, que pela própria correção técnica atende o interesse público⁴⁰⁷ e produz um incremento de legitimidade na sua atuação⁴⁰⁸.

406 Não busca, portanto, o modelo da especialização em excluir a subjetividade que permeia a atividade administrativa e das organizações em geral. Porém, tende a atribuir as decisões, a agentes capazes de exercer um julgamento racional, informado e impessoal na gestão dos interesses públicos. BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 58

407 Neste mesmo sentido, considerando que a prevalência do conhecimento técnico-científico na gestão pública, corresponde a convite necessário a neutralização da gestão pública e melhor atendimento das demandas sociais: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Ob. cit. p. 24-25. ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *Direito Administrativo e a sua Justiça no início do século XXI*. Coimbra, Almedina, 2001. p. 26. MEIRELLES, Fernanda e OLIVA, Rafael. *Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil* in *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro. jul/ago 2006. p. 549.

408 De fato, esta nova perspectiva de tecnicidade na Administração Pública limita e condiciona a dimensão político-democrática da atuação administrativa, em um

Adéqua-se a crescente *profissionalização* da Administração Pública, que diante da expansão econômica e tecnológica das sociedades contemporâneas, instituí novos elementos voltados à persecução de melhores *resultados* e demandam a adoção de técnicas gerenciais modernas e de conhecimentos específicos capazes de garantir maior eficiência na ação administrativa.

Não obstante, este gradual deslocamento da atuação dos poderes públicos de uma tradicional esfera *política* para um campo *técnico*, tem sido objeto de críticas pela possível ocupação de todo espaço estatal por subsídios científicos ignorando os demais aspectos do processo decisório e a falta de legitimidade de seus agentes, em um regime de *tecnocracia*⁴⁰⁹ oposto a *democracia*.⁴¹⁰

De certo, a gestão de interesses públicos envolve em certa medida considerações de uma pluralidade de fatores *subjetivos - ideológicos, filosóficos, morais, culturais* entre outros - e a ponderação de distintos interesses dos grupos sociais, que inviabilizam a submissão do processo decisório a uma apreensão *exclusiva* por subsídios técnicos.

fenômeno de substituição do modelo de legitimidade vigente para uma moderna legitimidade tecnocrática com prestígio da técnica e conhecimento das agências e entes especializados. OTERO, Paulo. Legalidade... Op. cit.. p. 522.

409 Trata-se a tecnocracia de expressão plurissignificativa de acordo com a delimitação histórica, estrutural ou funcional dada ao tema. Assim, pode corresponder a ascensão dos técnicos ocorrida nas sociedades industriais ou pós-industriais, uma categoria profissional, social ou política ou desde poder de influência até a substituição da técnica sobre a política nas decisões públicas. Para apreensão inicial do objeto nas vertentes apresentadas, vide: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Op. cit.. p. 1233-1236.

410 Esta transferência em grande medida da escolha das opções disponíveis dos governantes tradicionais para o círculo de técnicos capazes de resolvê-los de forma pronta e segura é vista por alguns autores como uma segunda onda da crise da democracia, onde o espectro de participação do povo no processo decisório é restrito por um círculo menor de técnicos e detentores de conhecimento. Neste sentido: BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 478.

É consentâneo ao processo de racionalização técnica na aplicação do objeto, o conhecimento das opções disponíveis, a identificação de seus efeitos e a construção de uma hierarquia de preferência baseada em critérios objetivos, nem sempre aferíveis na dinâmica de um sistema social, onde não se verifica integral estabilidade dos agentes e uma previsibilidade dos resultados⁴¹¹.

Ademais, coaduna com a concepção mínima de democracia, que a *tomada das decisões públicas* na gestão dos interesses da sociedade seja proferida por *titular* devidamente investido pelo grupo de acordo com o *processo* estipulado em regras prévias do jogo político, ou seja, na ordem jurídica atual, a agentes escolhidos no processo eletivo através do exercício da representação⁴¹².

Disto decorre que a imposição *integral* das decisões públicas a critérios técnicos importam, em última medida, a transferência da *atribuição* dos agentes políticos - investidos pela sociedade para imprimir na gestão pública uma direção geral baseada em certa

411 Ademais, torna-se impossível condicionar a persecução do interesse público a critérios exclusivamente objetivos, determinando uma escala de valores a partir da atribuição de valores entre os bens e interesses almejados pela sociedade. Como determinar por critérios técnicos sem a consideração de valores ideológicos, econômicos e sociais, a precedência entre o direito de propriedade ou a reforma agrária? MEYNAUD, Jean. Problemas Ideologicos Del Siglo XX. Barcelona: Ariel, 1964. p. 362-363.

412 Por efeito, observa-se que democracia e liberalismo são concepções interdependentes, uma vez que para o exercício correto do poder democrático é necessária a observância de certos direitos que permitem o desenrolar do jogo político e que apenas através da democracia se garante a existência e a continuidade das liberdades fundamentais. Todavia, observa-se que com as transformações do Estado a relação tornou-se difícil, dando origem uma crise de ingovernabilidade e da democracia como será retornado a seguir. BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma

Defesa das Regras do Jogo. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1992. p. 18-21 e Liberalismo e Democracia. 6 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997. p. 92.

ideologia e proposta - para agentes administrativos não dotados de legitimidade e tão poucos sujeitos a responsabilidade política⁴¹³.

Por fim, a predominância *exclusiva* da técnica pode conduzir sob o pretexto de neutralidade a um perigoso esvaziamento ideológico, mediante um mecanicismo empirista e pragmático que sobrepõe a busca pela eficiência aos direitos fundamentais e a posição de centralidade que ocupa ao homem no direito contemporâneo⁴¹⁴.

Isto porque, o emprego exacerbado da técnica ao revés de favorecer o aperfeiçoamento das instituições públicas e privadas, ao substituir as aspirações e valores humanistas - únicas fontes capazes de conduzir a sociedade e o indivíduo à plena realização - por uma implacável busca pela eficiência transformadora gera o retrocesso pela *mecanização* da sociedade e *coisificação* dos homens⁴¹⁵.

Torna-se necessário, todavia, distinguir o emprego da técnica enquanto um *regime totalitário* que conduz ao enfraquecimento das instituições políticas e sociais mediante um domínio *absoluto* dos conhecimentos científicos na atuação estatal, da sua utiliza-

413 Constitui ponto central de distinção entre Administração e Governo a existência de esferas distintas de sanção dos agentes políticos - censuráveis originariamente em sede de responsabilidade política mediante as eleições competitivas - e administrativos impugnáveis perante responsabilidade administrativa e judicial.

414 Uma das transformações que marca o constitucionalismo contemporâneo é a posição de centralidade assumida pelos direitos fundamentais, com eixo nodal na Dignidade da Pessoa Humana, que institui uma ordem objetiva de valores, irradiando sua força normativa por todo o sistema jurídico e condicionando a interpretação das normas e institutos. Sobre o tema vide: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Orgs). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250.

415 Neste marco, a racionalização verte-se de instrumento de aperfeiçoamento do homem da sociedade, para fator aniquilante a vida do espírito ao reduzir os valores humanos e elevar a técnica e o desempenho não como meios para atingir certos fins, mas objetivos por si. Também, neste sentido: SOUZA, José Pedro Galvão de. O Estado Tecnocrático. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 88-89 e 113.

ção como *instrumento* que permite atribuir *legitimidade, eficiência e racionalidade* a persecução do interesses sociais⁴¹⁶.

Sob um prisma, a ascensão da sociedade informacional impôs uma série de transformações nas demandas que incumbem ao Estado, que torna necessária na persecução do interesse público uma Administração Pública dotada de *celeridade, neutralidade e eficácia*, superando à atual crise governabilidade das instituições públicas.

Alcança-se este perfil, precipuamente, através da presença de agentes administrativos que dotados de uma ampla visão do conjunto aliada com certos conhecimentos de ciências aplicadas, imprimem na gestão pública as técnicas necessárias para alcançar os resultados almejados com o emprego racional e eficiente dos recursos disponíveis⁴¹⁷.

Por outro lado, a satisfação das demandas da sociedade ocorre mediante a articulação pelos poderes públicos de metas, planos e diretrizes de ação governamental, aptos a harmonizar os múltiplos interesses e atores envolvidos na eleição de metas e prioridades em um processo decisório, dotado de natureza eminentemente *política*.

Neste tocante, envolve a *prévia identificação* dos interesses em conflito oriundo dos distintos segmentos sociais, a *avaliação* dos fatores subjacentes - econômicos, sociais, morais e afins - a

416 É perspicuo, alcançar, portanto, a distinção de um governo dos técnicos - onde os agentes administrativos mediante conhecimento técnico determinam os fins da atuação estatal ignorando o processo democrático - de um governo com técnicos - onde compete aos agentes de governo indicar os fins politicamente determinados mediante a deliberação pública e os agentes administrativos os meios mais eficazes para implementá-los.

417 Isto porque as modificações das tarefas estatais transmutam a responsabilidade dos agentes de um dever negativo - com a abstenção de violação da norma legal em um modelo baseado em uma repartição rígida e hierarquia - para um dever positivo - de iniciativa e sentido de organização, em um perfil desconcentrado com predomínio da delegação. MEYNAUD, Jean. Problemas Ideologicos Del Siglo XX. Ob. cit. p. 71.

formulação das possíveis soluções e a *tomada de decisão* pelo agente político das ações necessárias, imprimindo na gestão pública a direção política almejada⁴¹⁸.

Por conseqüência, é possível observar que na concretização dos interesses públicos a dinâmica da ação estatal pode ser cindida em duas esferas distintas - uma *política*, que implica na fixação dos programas de governo a partir da valoração dos critérios de múltiplas ordens, e outra *administrativa* responsável pela concretização das *policies* baseado em fatores eminentemente *objetivos*.⁴¹⁹

Assim, demonstra-se campo adequado para o domínio das decisões baseada em critérios *políticos*, as *opções fundamentais* que norteiam a atuação estatal, uma vez que, no atual regime *democrático* a definição de políticas amplas a partir da consideração dos fatores envolvidos, compete a agentes políticos que conduzem a *res publica* aos fins esperados pela sociedade⁴²⁰.

As demais questões relativas à gestão do interesse público correspondem a espaço para escolhas fundamentadas por *conheci-*

418 Corresponde ao planejamento das políticas de governo enquanto processo de escolha racional e coletiva de metas e prioridades, circunscrito a seara do jogo político que imprime no gasto público a direção geral da política adotada em busca da satisfação do interesse público. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do Controle Jurídico... Op. cit. p. 16-18.

419 Assim, portanto, cabe no âmbito da deliberação política determinar a criação de um hospital ou de uma delegacia, de acordo com a ponderação dos interesses e fatores envolvidos (economicamente viável, socialmente adequado, ideologicamente compatível com as propostas de governo...). Todavia, uma vez, resultando em uma decisão política, compete a Administração Pública promover a prestação do serviço público, informada por elementos objetivos oriundos da sua expertise com a alocação eficiente de sua estrutura, agentes e bens.

420 Trata-se de elemento característico do governo uma função arquitetônica de condução da persecução do interesse público, a partir de sua visão global dos elementos do sistema e da legitimidade de sua investidura, mediante a utilização de critérios de conteúdo políticos que fogem da apreensão científica. SOUZA, José Pedro Galvão de. O Estado Tecnocrático. Ob. cit. p. 88.

mentos técnico-científicos, pois no modelo vigente de *direito*, a promoção de bens e serviços que permitam a satisfação das demandas sociais, cabe a agentes administrativos sujeitos a observância, dentre outros, aos princípios da *impessoalidade* e *eficiência*.⁴²¹

Isto não importa desconsiderar que a linha demarcatória entre técnica e política é composta de uma área *cinzenta* e *movediça*, que impossibilita definir com exatidão as fronteiras de atuação de cada esfera⁴²², com a presença de elementos técnicos nos juízos políticos⁴²³ e de considerações de fatores políticos na discricionariedade administrativa⁴²⁴.

421 Corresponde a atributo característico da Administração Pública uma função de engenharia de implementação das políticas definidas pelo governo para a concretização do interesse público, que ocorre a partir da especialização de funções no Estado, que a dota de um conjunto de informações - referentes a demandas, métodos e recursos - e elementos de organização - formado por estrutura, bens e pessoas - tornando-a apta para alcançar tais fins.

422 Há uma impossibilidade de determinar matérias técnicas integralmente assépticas a juízos políticos e escolhas políticas que prescindam de considerações de natureza técnicas. Sobre o tema, mas com análise referente à regulação: BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. Entre Política e Expertise: A Repartição de Competência Entre o Governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações in: Revista Brasileira de Direito Público n. 21. 2008. p. 127-154.

423 Embora a tomada de decisões no nível de governo seja definida por considerações políticas, é permeada por elementos da expertise, oriunda da dialética resultante dos pressupostos técnicos apresentados pelo seu gabinete e a Administração Pública, que exerce com o conhecimento de seus órgãos e pessoal influência na própria definição dos programas a serem implementados. BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas... Op. cit. p. 249 e 264-269.

424 É o que ocorre quando os critérios técnicos não constituem único fundamento possível na decisão administrativa, deixando margem para juízo de conveniência e oportunidade, como, por exemplo, o tombamento, ou quando existem diferentes soluções técnicas equivalentes, que impõe um juízo político na escolha administrativa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. Ob. cit. p. 93. DAROCA, Eva Dessentado. Los Problemas del Control Judicial de La Discrecionalidad Técnica. Ob cit. p. 49.

Propõe-se, todavia, conforme haja *predomínio* de elementos aferíveis objetivamente que o juízo discricionário eminentemente político - de *conveniência e oportunidade* ceda espaço a uma fundamentação predominantemente técnica - de *eficiência e viabilidade* - permitindo a construção de uma decisão administrativa dotada de *eficiência, racionalidade e legitimidade*.⁴²⁵

Ademais, ao revés de mecanismo de enfraquecimento das instituições políticas com usurpação de atribuição originária dos agentes eleitos erige-se a elemento que auxilia na superação do déficit democrático ampliando a legitimidade dos poderes públicos, contribuindo no aperfeiçoamento dos instrumentos de controle social tão necessário na atividade administrativa.

O tema será tratado a seguir.

3.3. A Discricionariedade administrativa à luz do princípio democrático: do dever de transparência e de informação do processo decisório

Com a implementação do Estado Democrático de Direito, volta-se a busca por legitimação da atividade administrativa, em dois vértices: a *constitucionalização*, mediante a releitura das categorias administrativas à luz da Constituição e a *democratização*⁴²⁶,

425 Neste mesmo sentido Paulo Otero, ainda indica alguns cenários que o emprego da técnica vincula a escolha administrativa atribuindo previsibilidade e segurança as relações administrativas: nas hipóteses em que dependa de prévio estudo técnico ou científico que conduza a resultados unívocos sem, portanto, valoração; na integração de conceitos jurídicos indeterminados cuja definição dependa de juízo de natureza ou conteúdo científico; quando utilizar regras técnicas e científicas, vinculando seus órgãos e outras. Consulte: OTERO, Paulo. Legalidade... Op. cit.. p. 764.

426 Com a promulgação da Constituição de 1988 observa-se um processo de deslocamento da Constituição para o eixo central do sistema jurídico e

que reconduz a atribuir legitimidade pela participação do cidadão na Administração Pública⁴²⁷.

É notória a crise do processo político majoritário em razão da redução do processo democrático ao processo eletivo, da predominância da ineficiência, corrupção e clientelismo na gestão estatal, e do crescente desinteresse pela participação política que produz o enfraquecimento do controle social e conduz a um déficit de *legitimidade das* instâncias representativas.

Neste sentido, erige-se a importância dos mecanismos de controle da Administração Pública, como formas de corrigir os desvios de conduta pelos agentes públicos, garantindo a conformação da atividade administrativa à persecução do interesse público e, portanto, atribuindo maior grau de legitimidade à ação estatal.

O controle exercido pela própria Administração Pública embora seja a seara adequada para correção do desvio administrativo, encontra na própria burocracia dos procedimentos⁴²⁸, a falta

reconhecimento da sua supremacia axiológica, potencializada pela erradicação de seus preceitos pelo ordenamento jurídico, o que produz uma releitura das normas, categorias e institutos do direito infraconstitucional, inclusive, administrativo, à luz da lei fundamental. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. Neoconstitucionalismo, Constitucionalização e Direito Administrativo. Fórum Administrativo, v. 18, p. 2016, 2016.

427 A democratização é marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração Pública, não apenas na formação final, mas nos procedimentos formativos da vontade administrativa. Sobre o tema, vide: BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil... Op. cit.

428 Os controles estatais da Administração Pública têm se demonstrado insuficientes diante da tendência à burocratização, a pouca eficiência e excessivo dispêndio. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações de Direito Administrativo... Op. cit. p 23.

de aparelhamento para investigação e controle e no corporativismo *interna corporis*, limites à autotutela⁴²⁹.

O Poder Judiciário embora exerça na sua função contramajoritária o controle dos atos estatais de forma a garantir à proteção dos bens e interesses veiculados pela Constituição em face do interesse da maioria, no sistema representativo o campo adequado para o debate sobre a conveniência da decisão estatal é a deliberação pública⁴³⁰.

Erige-se, portanto, o controle social como forma de ampliação do grau de legitimidade na atividade de persecução do interesse público pela Administração Pública, uma vez que é a seara originária para a fiscalização da ação pública, participação do indivíduo na definição dos objetivos almejados pela sociedade e atribuição de responsabilidade aos agentes estatais.

Não obstante, uma gestão administrativa com participação da sociedade pressupõe o preenchimento de condições mínimas necessárias para participação dos atores sociais⁴³¹ e o diálogo pelas

429 Resta evidente no âmbito do controle da Lei de Responsabilidade Fiscal no âmbito administrativo federal onde a corrupção enraizada na tradição brasileira, que junto ao corporativismo na Administração Pública como anseio de obter certas vantagens como “favores” que possam lhe favorecer de algum modo e a falta de aparelhamento necessário da Administração pública a eficiência investigação nas contas públicas resultam na pouca eficácia da Lei de Responsabilidade Fiscal. MONT'ALVERNE, Marcelo de Miranda. Vigência e eficácia da Lei de Responsabilidade Fiscal no âmbito Federal. Anais do XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza. 2005. p. 11-12.

430 O Poder Judiciário na tutela dos direitos públicos subjetivos exerce o controle sobre os atos dos demais poderes, garantindo o oferecimento dos bens e utilidades necessárias a fruição dos direitos fundamentais. Todavia, isto não importa considerar que, devem ser observados parâmetros e limites, respeitando o espaço de conformação legislativa e discricionariedade administrativa na concretização dos preceitos constitucionais. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa... Op. cit. p. 131-184

431 Como visto, no item anterior, a existência de um contexto aberto, livre e igualitário, onde cada cidadão possa ter a possibilidade de participar e igual capacidade de influenciar e persuadir na deliberação pública depende não apenas de garantias

instituições com a sociedade quanto à decisão administrativa⁴³² o que envolve a maximização do direito à informação como pressuposto indispensável ao controle.

Compreende o controle social, o conjunto de instrumentos empregados pela sociedade, capaz de induzir a conformação dos Poderes Públicos às determinadas diretrizes, ordenando a atuação institucional no ambiente social e estabelecendo as condições necessárias para que sejam alcançados os fins e objetivos almejados pelo grupo social⁴³³.

Por fim, envolve ainda instrumentos *administrativos* que buscam atribuir através da intervenção direta do grupo social na atuação administrativa um maior grau de *racionalidade*, *legitimidade* e *eficiência* à gestão administrativa e a atividade de persecução dos interesses da sociedade.

Neste sentido, os instrumentos *administrativos* de controle social permitem a intervenção da sociedade na persecução dos interesses públicos e o controle da atuação dos agentes, em um espectro que envolve desde a *participação* até a *colaboração* e a *ava-*

políticas, como eleições livres ou sufrágio universal, mas de condições que permitam uma existência digna e o efetivo exercício da cidadania.

432 Ainda há uma concepção fragmentada e exclusiva do espaço público, com a Administração Pública por um lado gerenciando o conteúdo das demandas sociais, de forma paternalista e fechada, como a única capaz de demarcar prioridades e políticas sociais e a sociedade civil com grande apatia política, ignorando a necessidade de mobilização e sua capacidade de influenciar nas questões políticas. Sobre o tema vide: LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: _____; Araujo, Luiz Ernani Boresso. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunise, 2003. p. 831 e 837.

433 Envolve, portanto, a capacidade de auto-regulação de um grupo social para alcançar seus objetivos globais, obtidos mediante o consenso ou coerção dos indivíduos. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Op. cit. p. 283-284.

liação atividade administrativa contribuindo com a maximização do grau de legitimidade⁴³⁴.

Envolve, portanto, a *consulta popular*, variadas formas que distinguem-se quanto ao grau de influência que produzem na formação da discricionariedade administrativa, abrangendo desde a indireta – *coleta de opinião e debate público* – até a direta – *audiência pública* – no processo de escolha da conveniência e oportunidade pelo administrador.

A *coleta de opinião* busca mediante a utilização de canais de informação recolher as tendências e interesses dos grupos sociais e o *debate público*, aferir na dialética dos grupos sociais as distintas posições acerca de uma proposta, sendo atos preparatórios, facultativos e, em regra, não-vinculativos da decisão administrativa⁴³⁵.

A *audiência pública* abrange a deliberação pública convocada em ambiente institucional acerca de decisão administrativa que permite mediante a dialética, a exposição dos interesses, preferências e opções dos grupos sociais e atores envolvidos no processo, vinculando a ação pública pelos seus resultados⁴³⁶.

434 Compreende, portanto, o exercício da cidadania no processo de promoção dos direitos sociais nos níveis de distribuição dos bens materiais e imateriais indispensáveis a sociedade, de forma a atribuir racionalidade, legitimidade e eficiência à gestão dos interesses sociais. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op. cit. p. 298, 304 e 331.

435 Sendo a consensualidade na Administração Pública uma exigência do Estado Democrático Brasileiro, a coleta de opinião prevista no artigo 31 da Lei 9.784 de 1999 permite a pluralização do debate público e contribui como mecanismo de legitimação social da decisão administrativa. MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. Consulta Popular e Audiência Pública: Por um Processo Administrativo Federal Dialogado in Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. 2012. Uberlândia. Minas Gerais. p. 11.

436 É consentâneo ao próprio Estado Democrático de Direito que a manifestação da sociedade em ambiente de deliberação pública e participação plural, vincule a Administração Pública. Em igual conclusão: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação Política. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 125-129.

Compreende a *participação* as deliberações coletivas promovidas no âmbito dos órgãos estatais *permanentes* ou *transitórios*, com fins de *consulta* ou de *decisão*, que formados por representantes de diversos setores da sociedade, permitem a participação da coletividade na formação da decisão pública⁴³⁷.

Abrange desde órgãos tipicamente de *consulta* – como comitês e comissões – responsáveis por orientar na formação, execução ou avaliação da decisão administrativa - até órgãos de *gestão* – como os colegiados públicos e conselhos – a quem compete a deliberação ou revisão da própria ação administrativa.⁴³⁸⁴³⁹

Por fim, abrange a *cooperação* mediante a atuação coordenada da comunidade e do ente estatal na gestão colaborada dos bens e serviços para a coletividade, mediante o fomento da atividade privada desenvolvida pela sociedade civil sem fins lucrativos, que converge com a persecução do interesse público pelo ente administrativo.

437 Não obstante, a participação popular nos órgãos de consulta e decisão represente importante instrumento de controle social, observa-se na prática uma falta de real representatividade dos membros escolhidos, uma vez que não são eleitos pela sociedade e geralmente integram o próprio poder público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo n. 191 jan/mar 2003. p. 35.

438 Como e.g. os colegiados públicos na gestão administrativa da seguridade social (artigo 194 inciso VII), da saúde (artigo 198 inciso III), da assistência social (artigo 204 inciso II), do ensino público (artigo 206 inciso VI), da fixação de política agrícola (artigo 187), ou os conselhos estatais, tal qual o Conselho da República (artigo 89 inciso VII), Conselho Nacional de Justiça (artigo 103-B inciso XIII), Conselho Nacional do Ministério Público (artigo 130-A inciso VI todos da Constituição) dentre outros.

439 Os órgãos de participação representam a entrada dos atores sociais, que fortalecem a democratização das instituições e a própria organização da sociedade civil, permitindo o fortalecimento da coesão social, identidades coletivas e a universalidade de interesses demandados no Estado. SPINK, Peter; TEIXEIRA, Marco Antonio. A Disponibilidade de Ser Controlado: O Controle Social da Administração Pública in: GUEDES, Álvaro Martins; Fonseca Francisco (Org.) Controle Social da Administração Pública: Cenário, Avanços e Dilemas no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 107.

Sob um ângulo, se materializa pela *celebração* de convênios, termos de parceria, ajustes firmado por entes de direito privado reconhecidos formalmente como organizações sociais⁴⁴⁰ e por outro ângulo, se exterioriza na *cogestão* por pessoas privadas em entidades paraestatais.⁴⁴¹

Perfaz-se, também, pela utilização de instrumentos administrativos que permitem a provocação dos órgãos de controle interno e externo, como os *processos e recursos administrativos* interpostos perante órgãos de revisão ou fiscalização da Administração Pública, as *denúncias* promovidas no âmbito do Ministério Público e outros órgãos⁴⁴².

Com estes instrumentos de controle social da Administração Pública é possível se garantir a correção do déficit de *legitimidade* e a ampliação do grau de *eficiência* da ação administrativa, assim como, um maior grau de *neutralidade* e *racionalidade* nas decisões administrativas⁴⁴³.

Isto porque, a inserção dos cidadãos na gestão da Administração Pública através seja *participação*, *avaliação* ou *colaboração*,

440 Os contratos de gestão e os termos de parceria firmados entre o poder público e as organizações sociais ou sociedades civis de interesse público respectivamente exercem importante papel nas políticas de promoção dos direitos sociais (educação, saúde, cultura...), estão sujeitos, também, a controle realizado pelos demais segmentos da sociedade. (Artigo 20 inciso III da Lei 9.637/98 e artigo 11 Caput e §3º da Lei 9.790/99)

441 Ocorre mediante a composição por representantes populares nos órgãos de gestão e direção das paraestatais - como diretorias ou conselhos responsáveis - cuja técnica de escolha e investidura variará conforme a natureza destas entidades de índole executiva de atividades sociais ou econômicas do Estado. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação... Ob. cit. p. 133.

442 O controle social abrange, ainda, outros instrumentos administrativos como o direito de petição (artigo 5º inciso XXXIV alínea "a" da Constituição), de informação (artigo 5º inciso XIV e XXXIII da Constituição e Artigo 14 §6º da Lei 11.079/04), de fiscalização e reclamação dos serviços públicos (Artigo 58 §2º inciso IV da Constituição, Artigo 3º, 29 inciso XII e 30 §único da Lei 8.987/95 e Artigo 33 da Lei 9.074/95), a assessoria externa, delegação atípica dentre outros. Sobre o tema, vide: SCHIER, Adriana da Costa R. A Participação popular na administração pública: o direito de reclamação. São Paulo: Renovar, 2002.

443 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. Op. cit. p. 402.

permite que influencie e persuadisse em maior ou menor grau as decisões administrativas, através da troca de argumentos que racionaliza e legitima a deliberação pública⁴⁴⁴.

Suas distintas perspectivas sobre as possíveis resoluções com os conhecimentos específicos que detêm sobre o tema, amplia a objetividade do processo de escolha e corresponde à importante fator de consensualidade e democratização da atuação da Administração Pública⁴⁴⁵.

Torna-se, portanto, o princípio da transparência instrumental para a realização dos princípios da participação e da impessoalidade, bem como, garantindo a efetiva aplicação do controle da Administração Pública seja estatal – autotutela e *judicial review* – ou social – cidadãos e entidades da sociedade civil⁴⁴⁶.

Propicia pela otimização da publicização, uma ampliada aplicação da sanatória para superar meras irregularidades, que importariam em declarações de nulidade após longos processos administrativos e judiciais, resultando em prejuízo à própria Administração Pública e aos administrados⁴⁴⁷.

444 Sobre o tema, vide: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. Capítulo III.

445 A participação de sujeitos que possam trazer diferentes perspectivas de resolução, com conhecimentos específicos, por vezes, técnicos, melhora a qualidade das decisões administrativas pela melhor compreensão da dimensão e possíveis soluções do problema, além de permitir com a abertura do processo decisório aos vários atores sociais, maior facilidade de aceitação pelos seus destinatários. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. Op. cit. p. 402.

446 Neste tocante, os controles sociais em um ambiente onde predomina a transparência administrativa e aberto instrumentos de participação, tornam-se eficientes, pois multiplicam o número de fiscais sem ônus para os contribuintes e têm ponderável efeito pedagógico, no sentido de desenvolver um sadio espírito cívico. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações.... Op. cit. p. 25.

447 Isto porque, permite que a própria sociedade proceda o imediato controle da decisão administrativa verificando a irregularidade divulgada através da transparência, de

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

Neste tocante, erige-se a transparência atos estatais, como instrumento capaz de viabilizar mediante a visibilidade na gestão pública o debate político⁴⁴⁸, o fortalecimento sócio-cultural da cidadania e fomento da participação popular, bem como, o aperfeiçoamento da gestão estatal e dos instrumentos jurídicos de controle social.

O dever de transparência é consentâneo do direito humano à informação⁴⁴⁹, que compreende o direito de ser *informado* – ter acesso às informações de caráter público ou pessoal obtidas, produzidas ou armazenadas pelos poderes públicos e particulares⁴⁵⁰ – e de *informar* – a oportunidade de manifestar e comunicar fatos, vedada a censura e o anonimato⁴⁵¹.

tal sorte que a mesma substitui com vantagem o formalismo que se centra em um controle posterior. GORDILLO, Agustín. Después de La Reforma Del Estado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996. VII-9.

448 MILESKI, Helio Saul. Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial. Op. cit. p. 87.

449 O Pacto de San José da Costa Rica prevê no artigo 13 que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão que compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

450 A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 5º, incisos XIV, XXXIII e XXXIV respectivamente: ser assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; bem como, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e de obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

451 A Constituição Federal de 1988 elenca no artigo 5º inciso IV e IX e artigo 220 respectivamente: a liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição.

Embora tutelado pela Constituição de 1988, o direito à informação teve um ciclo de regulamentação voltado à proteção do segredo governamental⁴⁵², interrompido apenas em 2011 quando foi editada a Lei de Acesso a Informação, que garantiu a transparência administrativa e o controle social como princípios norteadores da publicidade em geral⁴⁵³.

Prevê a referida Lei 12.527, a gestão *transparente* da informação propiciando acesso amplo e regulamentando o processo de acesso, vedando a negação do acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, bem como, que versem sobre condutas que implicam violação aos direitos humanos.

Note que se por um lado, o princípio democrático impõe o dever de transparência e de informação do processo decisório, o seu conteúdo não se limita ao controle estrito da ação pública com a imposição apenas das respectivas obrigações, mas determina a participação imediata ou direta do cidadão na coisa pública com a contribuição na formação das decisões administrativas.

O tema será tratado a seguir.

452 Embora o direito à informação tenha sido garantido pela Constituição de 1988, desde a sua promulgação foi frustrado em razão da ressalva do sigilo, em razão de parecer da Consultoria Geral da República (nº SR-71) que deixava a cargo do antigo Serviço Nacional de Informações a avaliação de quais dados poderiam ser divulgado. A promulgação da Lei 8.159 de 1991 que buscava regulamentar a norma constitucional acabou assegurando o direito ao sigilo dos documentos com prazos de 30 e 100 anos. Nas últimas décadas, avançou-se mais no segredo governamental e dos procedimentos de segurança de informação principalmente com os decretos 2.134 de 1997 e 2.910 de 1998, do que na regulamentação do direito à informação e do acesso aos registros governamentais. CEPIK, Marco. Direito à Informação: situação legal e desafios. Revista de. Informática Pública, Belo horizonte, v.2, n.2, p. 8 maio/ 2000.

453 Dispõe no artigo 3º que busca a lei assegurar o direito fundamental de acesso à informação mediante dentre outros o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência e do controle social na Administração Pública.

3.4. A democratização da discricionariedade administrativa: a participação como elemento de construção de decisões administrativas consensuais e prospectivamente responsáveis

Com a crescente *complexificação* da sociedade, que gera a *multiplicação* das demandas estatais com a redução da capacidade de adequado atendimento pelas instituições públicas e *qualificação* dos interesses sociais, cada vez mais dependentes de respostas técnicas e científicas em oposição às soluções políticas amplia-se o déficit da Administração Pública⁴⁵⁴.

Disto decorre, um necessário deslocamento da democracia de um modelo *representativo* - onde a legitimidade das instituições públicas é aferida na investidura dos governantes de acordo com processo político regular - para um perfil *deliberativo* - em que a validade da atuação estatal é verificada de forma permanente na *participação* da sociedade e na *eficiência* do seu desempenho.

Sob o primeiro ângulo, o processo democrático é construído a partir de um contexto aberto, livre e igualitário de deliberação pública, onde todos os cidadãos possam participar com iguais ca-

454 Neste sentido, amplia-se por um lado a tensão do modelo formal de democracia e a governabilidade, uma vez que o crescimento das demandas, a ampliação de conflitos em uma sociedade formada por vários grupos organizados e a multiplicação dos centros internos de poder, dificultam a implementação de uma gestão pública eficiente. Por outro, agrava-se a dicotomia entre democracia e técnica, uma vez que com a complexificação dos interesses e o emprego da expertise, restringe a decisão apenas um grupo dotados de conhecimentos específicos, enquanto o modelo tem por premissa a possibilidade de todos decidirem a respeito de tudo, de forma direta ou indireta por representação. BOBBIO, Noberto. O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo. Ob. cit. p. 33 a 36 e Liberalismo e Democracia. Ob. cit. p. 92-97.

pacidades para influenciar e persuadir nas decisões *políticas*, garantindo maior legitimidade e racionalidade na gestão pública⁴⁵⁵.

Neste sentido, permeados os argumentos trazidos pelos participantes da deliberação pública por fundamentos de ordem técnica ou científica amplia-se a *racionalidade* e a *neutralidade* das medidas propostas permitindo a superação das críticas formuladas pelos demais atores sociais e a eleição por consenso da alternativa mais produtora para a sociedade⁴⁵⁶.

No que tange a decisão administrativa, a inserção de participantes dotados de distintas perspectivas sobre as possíveis resoluções com os conhecimentos *específicos* que detêm sobre o tema amplia a *objetividade* do processo de escolha e corresponde à importante fator de *consensualidade* e *democratização* da atuação da Administração Pública⁴⁵⁷.

Com a adoção pelo agente público de fundamentação *racional* - oriunda dos argumentos e conhecimentos objetivos trazidos pelos sujeitos - e *pública* - mediante a utilização progressiva dos canais de

455 Isto porque, a troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da res publica, pois se determinada política consegue superar as críticas formuladas pelos demais participantes da deliberação, de início pode ser considerada legítima e racional. Sobre o tema, vide: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa... Op. cit. Capítulo III.

456 É o que ocorre, por exemplo, na deliberação pública acerca do dispêndio de verbas para a construção de uma escola ou uma delegacia, onde a utilização de fundamentos técnicos, como a exibição de estudos objetivos que associem alto nível de criminalidade com índice elevado de desemprego em razão do não aproveitamento pelo mercado de mão de obra com baixa escolaridade e a projeção de longo prazo da redução de custos com segurança pública com o aumento de nível de escolaridade, permitem a escolha de uma decisão mais racional e mais apta alcançar o consenso que argumentos subjetivos como o desejo de punição mais rigorosa.

457 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. Op. cit. p. 402.

comunicação disponíveis para alcançar seus destinatários erige-se um instrumento de legitimação da ação administrativa⁴⁵⁸.

No segundo vértice, a legitimidade dos poderes públicos é aferida pelos resultados produzidos no exercício da atividade estatal, a partir da necessária coincidência entre as decisões públicas obtidas no âmbito da deliberação com a sociedade e o desempenho eficiente dos seus agentes na persecução destes respectivos interesses⁴⁵⁹.

Obtém-se mediante a utilização de meios técnicos na gestão pública democrática, que buscam atribuir às atividades do governo *racionalidade* - no planejamento dos programas e diretrizes de ação estatal - e *eficiência* - no emprego e dispêndio dos recursos públicos - de forma a atingir a progressiva realização dos resultados almejados⁴⁶⁰.

Neste contexto, o emprego de conhecimentos técnicos coaduna com a exigência de *racionalidade* do poder no âmbito administrativo e desempenho *eficiente* na persecução dos fins públicos, uma vez que

458 A aferição da legitimidade pelo exercício, não deve ser compreendida tão somente como a participação de todos nos processos decisórios, diante das impossibilidades materiais e contextuais da deliberação em dadas hipóteses, mas também na justificação racional e pública dos atos administrativos perante os seus destinatários, melhor alcançada precipuamente através de fundamentos eminentemente técnicos e a otimização do dever de publicidade.

459 A legitimidade de qualquer sistema juspolítico baseia-se na sua eficiência na satisfação dos interesses do seu grupo social. Na Administração Pública, onde a discricionariedade administrativa representa resíduo dessa legitimidade, as opções legítimas traduzem-se no dever de boa administração, ou seja, na escolha dos meios que produzam melhores resultados em atendimento do interesse público. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade... Op. cit. p. 25-26 e 76.

460 Nota-se, portanto, que o processo de decisão coletiva independente da técnica utilizada (sufrágio, consulta, justificação...) corresponde a meio para alcançar os consensos praticáveis para a condução da gestão pública, de modo que, o modelo substantivo de democracia tem por verdadeiro vértice a exigência de resultados coerentes com os valores que a informam. A MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro... Op. cit. p. 126-134.

se baseia em critérios preponderantemente *objetivos*, empiricamente demonstráveis como *eficazes* e majoritariamente *aceitos*⁴⁶¹.

Observa-se, portanto, que mediante emprego adequado, a técnica corresponde a instrumento hábil a auxiliar na superação do déficit de legitimidade dos poderes públicos e estimular os mecanismos de controle social, ao atribuir *consensualismo*, *racionalidade*, *previsibilidade*, *transparência* e *eficiência* na atividade administrativa⁴⁶².

Assume relevo nos juízos discricionários na Administração Pública que tornam-se instrumentos de decisões *consensuais* e *prospectivamente responsáveis*, evitando arbítrios, casuísmos e ineficiência na persecução do interesse social quando construídos a partir da manifestação do indivíduo, em especial com o emprego da adoção de *previsibilidade*⁴⁶³.

Coaduna com a ascensão axiológica dos direitos fundamentais, apreende-se uma nova ordem consensual de relação entre Administração e Cidadão, com cunho eminentemente multilateral, coordenativo e contínuo, baseado na centralidade do indiví-

461 Ademais, escolhas administrativas envolvem questões de considerável complexidade que demandam conhecimento específico, onde o emprego da técnica, permite tornar o ato administrativo instrumento racional e manejável garantindo a clareza e previsibilidade do fenômeno administrativo. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do Acto Administrativo Perdido... Ob. cit. p. 461-462.

462 Em breve síntese, o emprego da técnica permite: alcançar resultados consensuais na deliberação pública pela objetividade dos argumentos e a aceitação dos destinatários da decisão mediante a justificativa objetiva (consensualismo), o planejamento objetivo das políticas públicas e a utilização racional dos recursos públicos (racionalização), os meios eficazes para alcançar os resultados almejados (eficiência) e uma fundamentação objetiva e neutra perante a sociedade (transparência e previsibilidade).

463 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. Op. cit. p. 402.

duo e na ampliação dos espaços que propiciem sua participação na gestão pública e a durabilidade das relações administrativas⁴⁶⁴.

Porém, junto ao processo democrático deliberativo há um estreitamento do espaço decisório da discricionariedade administrativa, mediante a adequação que deve ser feita igualmente às escolhas políticas fundamentais que foram eleitas e veiculadas pela sociedade ao constituir seu pacto político e jurídico fundamental veiculando em sua Constituição.

O tema será tratado a seguir.

3.5. O espaço decisório na discricionariedade administrativa à luz das escolhas fundamentais veiculadas pela norma constitucional

Embora se adéque a necessária dinâmica da atividade administrativa, em um contexto de multiplicidade e complexidade das demandas sociais que escapa à previsibilidade do legislador, a existência de um campo de escolha na atuação administrativo não representa intangibilidade do seu mérito aos limites impostos pela ordem jurídica⁴⁶⁵.

464 Com a centralidade do indivíduo na ordem jurídica, a Administração Pública tende a centro de convergência de interesses e de dignificação da pessoa humana, elevando o administrado a condição de cidadão e substituindo o modelo autoritário de gestão pública para a ordenação dos múltiplos interesses sociais mediante a participação desse indivíduo influenciando e persuadindo a tomada de decisões. BAPTISTA, Patrícia. *Ob. cit.* p. 128-130.

465 A liberdade administrativa conferida por uma norma de direito não significa liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos, mas a providência do ato capaz de atingir a finalidade da lei que terá seu campo restrito as soluções possíveis de acordo com o caso concreto e adequadas conforme o dever de boa administração. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 44-48.

Existem fins esperados e exigíveis da atuação estatal, exteriorizado na realização dos bens e interesses fundamentais da sociedade veiculados pela Constituição, inclusive, com a definição de prioridades e dispêndio dos recursos estatais, que vinculam os poderes públicos construindo no espaço de sua atuação limites objetivos que devem ser tidos como invioláveis⁴⁶⁶.

Há de se reconhecer igualmente que com a consagração do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional à luz da ascensão do Estado Democrático de Direito Brasileiro isto resulta por um lado em maior possibilidade de controle judicial sob a discricionariedade administrativa, dos atos administrativos praticados com inobservância dos valores adotados pela ordem judicial.⁴⁶⁷

Por efeito, quando o sistema jurídico veicula princípios e direitos fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da moralidade e o princípio da boa fé a consequência inevitável é que a discricionariedade administrativa deixa de ser um espaço amplo decisório e sofre limitações decorrentes da aplicação desses bens e valores constitucionais.⁴⁶⁸

Transmuta-se, portanto, a concepção da discricionariedade administrativa de uma ampla esfera de escolha na persecução do inte-

466 Há casos em que a Constituição consagra de forma explícita os fins esperados, como ocorre com a obrigatoriedade da prestação universal da educação fundamental e medicina de urgência, de modo que condicionar sua promoção à discricionariedade administrativa e conformação legislativa seria violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização...* Op. cit. p. 37 e o Controle Jurídico no Espaço Democrático in *Revista de Direito do Estado*. Ano 1. n. 3. 2006. p. 37. e MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico...* Op. cit. p. 10

467 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 9 – Fevereiro/março/Abril 2007.

468 *Idem*. *Ibidem*.

resse público não sujeito a controle pelos poderes públicos a um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os bens e interesses constitucionais, sujeita a controle exercido pelo Poder Judiciário⁴⁶⁹.

Isto importa no estreitamento do mérito administrativo pelos procedimentos técnicos e jurídicos definidos pela Constituição ou lei que permitam o exercício da opção política capaz de garantir a otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa com a integração nos limites de sua competência ao atendimento do interesse público⁴⁷⁰.

Envolve, também, a submissão do espaço decisório ao feixe de princípios constitucionais, que passam a orientar os juízos de valoração do administrador pelos critérios de razoabilidade, isonomia e demais, assegurando a congruência da decisão administrativa ao interesse legal e o impedimento de sua tradução em arbitrariedade⁴⁷¹.

Ademais, o reconhecimento da submissão imediata da ação administrativa a observância dos preceitos constitucionais conduz à superação da clássica dicotomia entre atos vinculados e discricionários com o redimensionamento da adstrição de todos os atos

469 Neste tocante, cabe ao Poder Judiciário a correção da discricionariedade, apurando a sua conformidade com o Direito, a racionalidade do discurso que a legitima, o atendimento ao código dos valores dominantes e a proporcionalidade na correlação lógica entre motivos, meios e fins, de forma a preservar a escolha do meio menos gravoso e proporcional aos fins a serem alcançados. CUNHA, Rubem Dário Peregrino. A juridicização da discricionariedade... Op. cit. p. 168-172.

470 Sendo a discricionariedade competência cometida à Administração para integrar a vontade da lei ou Constituição, corresponde a um resíduo de legitimidade da opção política, que terá a alcançada sua legitimidade por sua fundamentação e eficiência, traduzida na melhor realização dos bens e interesses socialmente almejados. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade... Op. cit. p. 7-8 e 32-33.

471 A compreensão do Direito como um sistema formado não apenas de regras, mas também por princípios de reconhecida normatividade e inquestionável força vinculante, impôs limitações ao espaço decisório discricionário que passou a ser considerado como um espaço sujeito a ponderação, reservado nos casos difíceis, a concorrência entre princípios. BAPTISTA, Patrícia. Ob. cit. p. 91.

administrativos a certo grau de juridicidade, definido pelo estabelecimento de critérios em vista ao equilíbrio entre os poderes⁴⁷².

Para a literatura tradicional, o juiz deve limitar-se a análise dos motivos da administração e aos limites da razoabilidade inerentes a eles, de forma que não compete ao magistrado substituir a decisão da administração por outra de sua preferência, mesmo que igualmente admissível e razoável, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.⁴⁷³

Propõe-se uma menor vinculação a juridicidade com rasa ingerência judicial nos atos onde haja predomínio da especialização técnico-funcional da burocracia ou acentuado lastro político da matéria, e maior adstrigão e um controle denso pelo Poder Judiciário naqueles capazes de impor restrições aos direitos fundamentais⁴⁷⁴.

Como visto, a erradicação das normas constitucionais ao regime jurídico-administrativo abrange, também, a reorientação da persecução estatal à *promoção dos direitos e garantias fundamentais* reordenando a relação entre a Administração Pública e o Administrado ao eixo nodal na *dignidade da pessoa humana* e a centralidade dos direitos do homem na ordem jurídica⁴⁷⁵.

472 Reconhecida que a discricionariedade não é campo imune a jurisdição é definida a densidade do controle mediante o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva de tarefas e responsabilidades entre a Administração Pública e o Poder Judiciário. KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 45.

473 Pimenta Oliveira, José Roberto. *Discricionariedade e Razoabilidade*. Revista Eletrônica de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 45.

474 Preserva-se, portanto, o princípio democrático evitando-se uma indesejável judicialização administrativa e garante-se a proteção aos direitos fundamentais na sua conjugação com os interesses coletivos e a criação de restrições desproporcionais ou irrazoáveis. Sobre o tema, vide: BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria...* Ob cit. Capítulo V.

475 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo de Espetáculo*. Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n 100 jun. 2009. p. 150-152.

Capítulo 4

As Prerrogativas Administrativas e as Garantias Constitucionais e Legais Processuais

4.1. Regime administrativo e prerrogativas estatais: do suposto fundamento exorbitante da disciplina à necessidade de atribuição de um caráter normativo

Partindo-se da clássica divisão do mundo ocidental entre três grandes sistemas jurídico-administrativos – a Europa Continental, o Anglo-saxão e o extinto Soviético - que se diferenciam em sua história e conteúdo, indica a literatura tradicional a existência de categorias “essenciais” que fazem surgir “elementos comuns” e “valores universais” que denotam fundamentos comuns aos regimes jurídicos-administrativos.⁴⁷⁶

Para alguns, isto decorreria da verificação da onipresença das *potestades públicas* – tida como prerrogativas da coroa ou poder discricionário dos agentes - denotam a existência de um valor *universal* não instituído pelo Direito Francês, mas que denota a essência do Direito Administrativo dos distintos Estados nas limitações impostas ao exercício do poder⁴⁷⁷, uma vez que são excepcionais e justificadas pelo interesse público.

476 RIVERO, JEAN. Curso... Op. cit. 140 e 247.

477 RIVERO, Jean. Curso... Op. cit. p. 237.

Tais elementos seriam responsáveis por denotar uma especificidade da relação jurídico-administrativa como o *sujeito* - a necessária presença de pessoa jurídica de direito público ou privado em um dos pólos - o *objeto* - a noção de serviço público, de potestades públicas dentre outros - e a finalidade - que voltada ao *interesse público* corresponde a elemento determinante na ação administrativa ao revés do regime privado.⁴⁷⁸

Porém, verifica-se que este traço é essencialmente do sistema da Europa Ocidental baseado no sistema administrativo Francês onde há existência de uma Administração Pública “forte” e de um Direito Administrativo que se forma ao lado, mas fora do Direito privado, conduzem a formação de prerrogativas e a existência de uma jurisdição administrativa própria.⁴⁷⁹

Assim a concepção do Direito Administrativo como disciplina jurídica autônoma marcada pela existência de normas especiais que dotam de um caráter exorbitante é de origem do Direito Francês, que se contrapõe a concepção da submissão da Administração Pública e de seus agentes as mesmas regras do direito comum, como sustentam tipicamente os Estados Anglo-Saxões.⁴⁸⁰

O Direito Administrativo Francês se baseia na concessão aos agentes do Estado de um conjunto de direitos especiais – privilégios e prerrogativas – diferente dos princípios que fixam os direitos e deveres do cidadão comum, bem como, de uma separação de poderes que determina uma separação rígida entre Executivo e Judiciário, de onde resulta a não submissão da Administração Pública à lei comum e a jurisdição dos tribunais ordinários.⁴⁸¹

478 RIVERO, JEAN. Curso... Op. cit. p. 140-141.

479 PUGET, Henry. Op. cit. p. 40.

480 VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. Op. cit. p. 79.

481 DICEY, A. V. Op. cit. . p. 289-290.

Por um lado, a existência de uma jurisdição especial consagrada na Constituição do ano VIII na França, denota a reprodução já no Estado Moderno de um princípio do antigo regime, que representa o sentimento permanente dos governantes franceses quanto à proteção dos seus funcionários que conduz a uma imunidade de jurisdição, algo que não existiu, por exemplo, nunca na história da Inglaterra.⁴⁸²

Por outro, a existência de tribunais administrativos e comuns conduzem fatalmente a um conflito de jurisdição, que é resolvido pelo Tribunal de Conflitos e, portanto, conduz que o “caráter verdadeiro do Direito Administrativo” na França depende da organização da referida corte que indicará a esfera de competência das autoridades administrativas⁴⁸³ e, portanto, da própria disciplina administrativa.

No Estado Inglês Moderno, as doutrinas políticas que criaram o sistema do Direito Administrativo Francês são desconhecidas: em caso de litígio entre a Coroa e seus agentes e os particulares, não há primazia dos interesses do governo em qualquer grau ou que seus agentes reclamem uma proteção especial. Os tribunais comuns exercem o controle dos atos públicos com emprego do *habeas corpus* e outros instrumentos.⁴⁸⁴

Os agentes civis da Cora, também não são dotados, ainda que no exercício de seus deveres profissionais, de nenhuma sorte de direitos particulares e tão pouco são julgados perante tribunais especiais. São tidos como indivíduos empregados para trabalhar no governo, não constituindo nada como o que “os estrangeiros costumam chamar de uma hierarquia oficial”.⁴⁸⁵

482 DICEY, A. V. Op. cit. p. 298.

483 DICEY, A. V. Op. cit. p. 295.

484 DICEY, A. V. Op. cit. p. 303.

485 DICEY, A. V. Op. cit. p. 303.

No Estado Francês, historicamente, o Direito Administrativo é um direito de equidade, construído sobre o elemento teórico do ato administrativo e cria e estabiliza relações jurídicas de interesse da coletividade como o regime de concessão, do servidor público, dentre outros⁴⁸⁶. Embora sob o sistema de Estado de Direito e com matriz liberal, buscando proteger os administrados há a submissão a um tribunal especial⁴⁸⁷.

Trata-se de fenômeno tipicamente deste ente estatal com a existência de jurisdições administrativas que remontam ao Antigo Regime, com as *Chambres des comptes* que julgavam as contas públicas, o *Cour des aides* que julgavam os recursos dos contribuintes, a *Cour des monnaies* que fazia cumprir as os regulamentos do comércio de metais nobres e a *Cghambre du Trésor ou du Domaine* que julgava as questões de interesse do domínio real.⁴⁸⁸

Neste sentido, a própria noção de regime administrativo para os autores clássicos se confunde com a de jurisdição administrativa: a existência de tribunais especializados sujeitos a um controle de um organismo legalmente especializado – O Conselho de Estado – que teria permitido o nascimento e desenvolvimento de um novo ramo jurídico autônomo, o Direito Administrativo.⁴⁸⁹

Por esta razão, que como visto, fixa-se o surgimento do Direito Administrativo Francês com a Lei de 16-24 de 1790, que não criou a organização administrativa já existente e sujeita a normas administrativas, mas que determinou a separação das funções judiciárias das

486 HAURIU, Maurice. Précis de Droit ... Op. cit p. 98 a 101.

487 LAUBADÈRE, André de. Op. cit. p. 25.

488 WALINE, Marcel. Op. cit. p. 21.

489 MALEZIEUX, Raymond. Op. cit. p. 13.

administrativas, atribuindo a tais tribunais a competência para julgar qualquer matéria relativa às atividades dos corpos administrativos.⁴⁹⁰

É ordinária, ainda, autores sustentarem que caso inexistisse jurisdição administrativa não haveria um direito administrativo, visto que os tribunais judiciais comuns não construiriam regras especiais daquelas aplicadas no direito civil para sujeitar aos atos da Administração Pública e a autonomia de um ramo jurídico dependeria da existência de um código próprio ou de uma jurisdição distinta.⁴⁹¹

Isto porque, os tribunais administrativos inspirados pelos princípios do direito comum teriam aportado neles modificações que teriam resultado em aplicação de regras absolutamente diferentes, de forma que, embora haja a existência de textos legais que inspiraram a construção do Direito Administrativo, o papel das cortes foi mais importante na delimitação do seu regime.⁴⁹²

Por esta razão, é comum considerar o regime administrativo como um “direito especial”, sendo a jurisdição administrativa a sua “parte essencial” que junto com outros elementos daria ao poder administrativo uma “força de ação particular” que resulta na França de sua formação histórica, bem como, principalmente, das ideias jurídicas e políticas, assim como de suas regras especiais como os poderes e prerrogativas.⁴⁹³

Assim, também o Direito Administrativo é considerado uma “criação recente”, pois apenas surge como fruto das decisões da jurisprudência dos tribunais administrativos, em especial, do Conselho de Estado e das construções da literatura, quando se forma

490 DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. Op. cit. p. 4.

491 WALINE, Marcel. Droit... Op. cit. p. 33

492 MALEZIUEX, Raymond. Op. cit. p. 13-14.

493 LAUBADÈRE, André de. Op. cit. p. 26-27 e 32.

um “direito especial”. O regime jurídico ao qual era submetido o exercício da atividade administrativa anteriormente é considerado como um “direito civil deformado”.⁴⁹⁴

O Direito Administrativo Francês é em grande parte “não legislativo”, pois se por um lado, fixa os princípios gerais – como a separação das autoridades administrativas e judiciárias – deixando o conteúdo a ser determinado pelo juiz, por outro ele regula matérias de forma particulares e específicas, deixando as grandes controvérsias fora de aplicação dos textos, de forma que as regras mais importantes são definidas *par le juge*.⁴⁹⁵

Note-se, portanto, que sustentar no Direito Brasileiro que o regime administrativo é uma disciplina exorbitante e derogatória do direito comum é ignorar a própria construção do referido conceito no Direito Francês, que liga a sua especificidade à formação histórica de uma jurisdição administrativa, que fixou princípios próprios para o exercício da atividade administrativa realizado por aquela organização administrativa francesa.

O Direito Administrativo e o regime administrativo não têm as mesmas formas jurídicas em todos os Estados em razão das concepções próprias éticas, sociais, jurídicas e econômicas que prevalecem em certa civilização e denotam certas opções fundamentais e princípios próprios eleitos por aquele país no que toca a relação entre a Administração Pública e seus particulares.⁴⁹⁶

Sob tal égide, o Direito Administrativo Francês corresponde a um “corpo especial” de regras jurídicas. Porém, embora ramo do Direito, para tais o regime administrativo depende do sistema ad-

494 DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. Op. cit. p. 4

495 VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. Op. cit. p. 88-89.

496 RIVERO, Jean. Droit... Op. cit. p. 19.

ministrativo de tal país, de sorte que, se caracteriza como um certo “modo de ser do Estado” que representa a sua “principal força” e possui uma “predominância” sob os demais.⁴⁹⁷

Neste sentido, ao contrário da França onde haveria na Administração “mais força” em razão da organização do direito administrativo, nos países anglo-saxões – como a Inglaterra e os Estados Unidos da América – embora existam serviços administrativos, não haveria um regime administrativo e, portanto, um direito administrativo uma vez que a Administração não é a principal força.⁴⁹⁸

Nos Estados Unidos, com regime de tradição liberal e individualista, a Administração Pública para impor restrições a propriedade ou liberdade dos cidadãos, exerce antes que poder ou prerrogativas, mas se sujeita a audiências com os particulares, de forma que a decisão administrativa antes se formava pelo consenso e tinha procedimento parecido com processo judicial se submetendo ao controle de instâncias comuns.⁴⁹⁹

Já na França, o regime administrativo seria decorrente de um processo de centralização *política* – com a concentração do poder no Estado sob a dominação de um governo comum responsável pelas funções indispensáveis à paz – e *administrativa* – que conduz o poder de substituição da Administração Pública com a submissão dos particulares e restrição ou regulamentação da atividade privada em favor do interesse público.⁵⁰⁰

497 O papel político é sustentado pelo autor ao indicar que: “O Regime Administrativo é comparável, dependendo do seu ponto de vista, a uma doença ou de um regime de crescimento em crise do Estado que afeta a tudo”. HAURIU, Maurice. Précis de Droit Administratif... Op. cit. p. 1.

498 HAURIU, Maurice. Précis... 1911. Op. cit. p. 2.

499 WALINE, Marcel. Droit... Op. cit. p. 4.

500 HAURIU, Maurice. Précis... 1911. Op. cit. p. 3.

Sob tal concepção, o regime administrativo seria suscetível de “infinitos graus” conforme Administração Pública seja “mais ou menos forte” no Estado, sendo capaz em razão do desenho constitucional dado, inclusive, afetar as relações com os Poderes Legislativo e Judiciário, como no Estado Francês onde vige a dualidade de jurisdição e, portanto, uma não subordinação da Administração à Justiça Comum⁵⁰¹.

Note, portanto, que erige-se um caráter antes *político* do que *jurídico* ao regime administrativo, situando o Direito Administrativo não como um complexo de normas jurídicas que disciplina a relação jurídica formada entre o Estado e os cidadãos, mas como a concentração do poder na Administração, de forma a sustentar pelos seus poderes e prerrogativas, a posição superior do Estado na suas relações com os particulares.

Corrobora com tal entendimento a própria concepção de amplos poderes da Administração para satisfazer às necessidades dos serviços: enquanto sob o regime privado os direitos e obrigações só se criam por via contratual. A Administração no “interesse do serviço público” utiliza as prerrogativas de direito público ou meios exorbitantes do direito comum, impondo obrigações aos particulares unilateralmente e sem o crivo do controle judicial.⁵⁰²

Tais princípios “essenciais” do regime administrativo seriam consagrados pela própria lei, como o princípio da separação das autoridades administrativas das judiciárias, prevista na *loi des 16-24 de 1790* e as prerrogativas da *puissance publique* como o poder normativo, utilização de procedimentos de gestão privada excepcionalmente, dentre outras previstas na Constituição.⁵⁰³

501 HAURIOU, Maurice. Précis... 1911. Op. cit. p. 28-29.

502 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 22-23.

503 VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. Op cit. p. 75 e 101.

Desta forma, os elementos que dotariam o Direito Administrativo de um caráter específico resultariam do desenho constitucional dado pelo Estado Moderno Francês à Administração Pública e o exercício de suas atividades, razão pelo qual, a generalização de um conceito de regime especial, exorbitante e derogatório do direito comum, como há no Brasil, seria incompatível, pois dependeria da análise da ordem constitucional de cada Estado.

Não obstante, é comum sustentar-se a especialidade do Direito Administrativo em razão da existência de caracteres específicos ao qual seria dotado o regime administrativo, que o diferenciaria das demais disciplinas jurídicas e justificaria, portanto, a desigualdade da relação jurídica com atribuições de poderes e prerrogativas ao Estado e a imposição de deveres e restrições aos cidadãos.

Porém, a existência de prerrogativas e poderes não é o que justifica a existência do regime administrativo. Não é porque Administração Pública utiliza meios exorbitantes no exercício da atividade administrativa que há a dominialidade do público, porém por se tratar de um regime público que o Estado-Administração para tais autores goza da utilização dessas prerrogativas e poderes.⁵⁰⁴

O exercício da atividade administrativa, parcialmente submetido pelo direito privado e da prossecução do interesse público por entes da iniciativa privada, conduziu ao Direito Administrativo, em meados do século XX, a perder qualquer unidade e clareza, de forma que é difícil identificar qual critério é capaz de reconhecer a aplicação desse regime jurídico “especial” e a competência da jurisdição administrativa.⁵⁰⁵

Observa-se uma dissociação entre as concepções de *ente público*, *fim de interesse geral* e *prerrogativas* como meios que exorbitam o direito comum: Os entes públicos já não tem o monopólio da ati-

504 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 93.

505 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 28-29.

vidade administrativa; a atuação da Administração Pública não é conduzida sempre com meios que exorbitam o direito comum; e o fim do interesse público é um objeto de “cambiantes contornos”.⁵⁰⁶

Por efeito, o regime jurídico que rege atividade administrativa adquiriu com tais dissociações entre os órgãos – os entes públicos enquanto titulares da ação administrativa – os fins – a prossecução dos interesses da coletividade e os meios – a utilização de prerrogativas ou poderes exorbitantes – uma peculiar complexidade que torna difícil desenlear este “emaranhado”.⁵⁰⁷

Isto porque, a evolução de tais elementos, gerou uma complexidade de regimes de direitos aplicáveis à atividade administrativa – de direito público e de direito privado – que se misturam em exceções a princípios e derrogações das exceções, que torna impossível uma síntese pretendida pela doutrina clássica e a busca por critério único capaz de delimitar o campo do direito administrativo.⁵⁰⁸

Note que a correspondência entre Administração Pública, interesse público e regime exorbitante é construção da doutrina clássica francesa, visto que o Conselho de Estado em inúmeros arrestos, dentre os quais, o arrêt *Granits Porphyroïde des Vosges* verificou que o Estado podia em algumas hipóteses se submeter a um regime de direito comum, quando em circunstâncias que atue nas mesmas condições que o simples particular.⁵⁰⁹

Ao contrário, importa sustentar que a especialidade do direito administrativo decorre não da existência de um regime totalmente distinto do direito privado, mas a diferença das regras

506 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 39.

507 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 39.

508 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 89.

509 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 77-78.

aplicáveis em relação aos particulares. Decorre amálgama de elementos do direito público e privado ao qual se submete, cuja dosagem varia conforme a atividade desenvolvida e denotam a originalidade da referida disciplina.⁵¹⁰

Não se ignora que embora o domínio do direito público e privado se aproximem, por exemplo, no que tange no fornecimento de prestações e utilidades aos particulares, a própria natureza e finalidade das intervenções administrativas realizadas pelo Estado, imporá a existência de um regime *próprio* com regras do direito privado adaptadas às próprias necessidade da prossecução do interesse público.⁵¹¹

Porém, o regime administrativo é antes caracterizado pelo conjunto de regras jurídicas próprias que limitam a Administração, do que pelas que concedem prerrogativas. Isto porque, o regime delimita seus órgãos com a esfera de suas atribuições, as autoridades e as suas competências, determinando as condições pelas quais os seus poderes serão exercidos, bem como, as regras que se submete a Administração em determinadas matérias.⁵¹²

A existência de uma disciplina própria não decorre só em razão das prerrogativas, mas também, de sujeições. Tão pouco importa na utiliza de meios que exorbitem o direito comum, a atividade administrativa utiliza cada vez menos, tais meios, e tem abandonado de forma frequente a distinção entre gestão pública e privada, na prossecução do interesse público.⁵¹³

A própria doutrina francesa afirma a existência do Direito Administrativo mesmo em Estados onde não existam essas “pre-

510 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 100.

511 BONNARD, Roger. Op. cit. p. 3

512 WALINE, Manuel. Droit... Op. cit. p. 2.

513 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 57.

rogativas especiais”. Isto porque, a Administração Pública utiliza métodos tantos distintos, quanto análogos daqueles utilizados no campo privado. Dentre esses métodos é que se tem a existência – como nos países da Europa Continental – ou ausência – nos Anglo-Saxões de prerrogativas especiais à Administração.⁵¹⁴

Ademais, se considerado o fundamento atribuído a tais prerrogativas - o próprio poder superior da comunidade estatal – não é possível fornecer uma justificação específica do direito administrativo: se a *puissance publique* não tem origem em nenhum poder distinto ou especial do grupo social, não se liga exclusivamente ao exercício das funções da Administração Pública⁵¹⁵, mas de toda ordenação jurídica do Estado.

Ainda para aqueles que consideram o direito administrativo como “especial” que veio “substituir” o direito privado, reconhecem que embora o regime administrativo seja orientado por princípios próprios e tenha regras específicas, também, é orientado por princípios – como a imutabilidade dos contratos – e regras que são oriundas do regime de direito privado e incorporadas a tal disciplina jurídica.⁵¹⁶

A própria jurisprudência do Tribunal de Conflitos “rompeu” a ligação entre especificidade do Direito Administrativo e regras especiais, no *arrêt Bac d'Eloka*, que indicou que uma pessoa pública pode explorar um serviço nas mesmas condições que um ente privado e, portanto, se sujeitar tanto ao império de um regime de Direito Privado quanto ao controle da jurisdição comum.⁵¹⁷

514 PUGET, Henry. Op. cit. p. 39.

515 ROUSSET, Michel. Op. cit. p. 3-4.

516 BONNARD, Roger. Op. cit. p. 6-7.

517 CHEVALLIER, Jacques. Les Fondements... Op. cit. p. 19.

Embora, a questão versasse exercício de atividade econômica, a Corte entendeu que a órbita do direito privado não se restringe a serviços cujo objeto seja a exploração econômica, mas se estendem aos serviços públicos, que não são “necessariamente” caracterizados pela utilização de procedimentos derogatórios do Direito Comum, não sendo o regime administrativo automaticamente, mas “ocasionalmente” aplicado ao Estado.⁵¹⁸

No Estado Moderno, a submissão da Administração Pública ao Direito não importa na existência de um Direito Administrativo enquanto disciplina autônoma ou “especial”. Ao revés, é admissível que a atividade administrativa seja sujeita ao mesmo direito dos particulares como ocorre na Administração Inglesa, que embora descreva a organização administrativa, submete-a essencialmente aos mesmos procedimentos do direito comum.⁵¹⁹

A concepção de um direito “especial” institui um regime que favorece a Administração Pública escapar de um controle judiciário ordinário e as noções decorrentes de “poderes públicos”, “prerrogativas exorbitantes” ou de “poderes discricionários” de reforçar a supremacia da Administração e marcar a desigualdade na sua relação com os administrados.⁵²⁰

Ignora a própria finalidade que busca o Estado de Direito, que corresponde antes um instrumento de submissão da Administração Pública à legalidade, do que a consolidação do seu poder em relação à sociedade, de forma que o Direito Administrativo

518 CHEVALLIER, Jacques. Les Fondements... Op. cit. p. 19.

519 RIVERO, Jean. Droit... Op. cit. p. 16.

520 CHEVALLIER, Jacques. Le droit administratif, droit de privilège?. Revue Française d'études constitutionnelles et politiques. n. 46. p. 57. Set/1988.

nesta concepção acaba por impor certo modo de exercício da função administrativa à base da autoridade e do constrangimento.⁵²¹

Como visto, embora historicamente o Direito Administrativo Moderno Francês tenha se estruturado como um direito de privilégio – com as prerrogativas do *puissance publique* – aos fins do século XIX – atua como instrumento de proteção do direito dos administrados, contra as possíveis arbitrariedades advindas do exercício da atividade administrativa.

Assim, o Direito Administrativo perde aquela significação primeira que é incompatível com o Estado de Direito de uma disciplina “especial” que se constitui a favor da Administração com “privilégios”, para tornar-se um regime jurídico com regras favoráveis à Administração – prerrogativas - e ao Administrado – direitos - dotando-se, portanto, de um direito de caráter ambivalente.⁵²²

Todavia, a tendência é que embora sustentem que tais prerrogativas, ainda produzam uma relação desigual com a Administração Pública, a afirmação de direitos favoráveis aos administrados atenua essa unilateralidade e evidencia que o Direito Administrativo não repousa mais na ideia de privilégio⁵²³. De onde se infere que, antes de disciplina exorbitante ou especial, o regime administrativo assume cada vez mais feição de disciplina jurídica.

Tal entendimento é ponto nodal para a compreensão de que o regime administrativo antes de configurar uma disciplina especial, exorbitante e derogatória das demais enfeixada em prerrogativas e poderes, assume feição de disciplina jurídica compilada em princí-

521 CHEVALLIER, Jacques. Le Droit... Op. cit. p. 57.

522 CHEVALLIER, Jacques. Le Droit... Op. cit. p. 58.

523 CHEVALLIER, Jacques. Le Droit... Op. cit. p. 70.

pios estruturantes que se submetem aos limites e restrições da ordem jurídica global e se rendem à leitura à luz da Constituição.

O tema será tratado a seguir.

4.2. As prerrogativas administrativas no Estado Constitucional de Direito: do poder-dever à competência atribuída por lei

Apontam os autores que essas prerrogativas especiais decorrem da própria natureza das relações de Direito Público, que garante para o Estado realizar os fins da sua existência, de “técnica peculiar para assegurá-lo” que é própria das instituições desse ramo e tem fundamento “histórico” e “científico”, de forma que “se impõe pela natureza das funções do Estado” e dos fins por ele colimados.⁵²⁴

Remonta-se a um período, onde havia uma dualidade entre a noção *liberal* do poder político e a noção *autoritária* da Administração Pública que era dogmaticamente traduzido pelo reconhecimento dos direitos civis e políticos nas relações com o poder político e os entes privados, mas a negação a existência de direitos subjetivos na relação entre os cidadãos e o *poder* administrativo que ostentava posição desigual e prerrogativas.⁵²⁵

O modelo de Administração Pública daquele Estado Liberal é o da Administração Poder - investida de *imperium* que submetida aos indivíduos através de atos unilaterais e de execução forçada, sendo em tal lógica agressiva. O fulcro da atividade era policial e o

524 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. vol 1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 19-20.

525 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 1996. p. 50 e 57.

ato exercício de um poder, sendo paradigmático em tal modelo de Administração a teorização da *Escola Alemã do Estado de Direito* ou a *Escola francesa da Escola do Poder Público*.⁵²⁶

Ao afirmar os administrativistas brasileiros que as prerrogativas se expressam “nas diferentes manifestações daquilo que a doutrina francesa chama *puissance publique* correspondendo ao *poder de império*”⁵²⁷, adere-se a uma noção Escola do Poder Público – construída sob a égide de um regime autoritário na França – que tinha por intuito diante das Revoluções Liberais garantir um instrumental capaz de reforçar a autoridade do ente estatal.

Tanto que quando se adota como sinônimos as expressões *potestade pública* e *potestas imperii* e explicita que das prerrogativas advém uma “situação *privilegiada* da Administração” que a “*des-nivela* do particular”, tornando-a idônea para impor em “condição *bastante vantajosa, sua vontade, em nome do* interesse público”⁵²⁸, verifica-se que tais instrumentos servem ao poder à título do interesse público e não o reverso.

Neste sentido, a importação do sistema administrativo europeu-continental, da noção de *puissance publique* através de certa Escola Francesa, que atribui a relação de desigualdade entre a Administração e indivíduos, bem como, a concessão de prerrogativas e poderes aos seus agentes para a realização de seus fins, encontra na realidade *autoritária* e *patrimonialista* das instituições administrativas e burocracia brasileira campo fértil para atuação.

Por esta razão, observa-se uma incongruência entre a teoria e a práxis do Direito Administrativo nesses países, uma vez que

526 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit. p. 60-61.

527 MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo.. Op. cit. p. 47.

528 CRETILLA JUNIOR, José. Dicionário de Direito Administrativo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972. p. 251.

apesar da consagração dos princípios democráticos básicos e as garantias processuais do administrado em face do Estado há um “déficit normativo e falta de cumprimento das normas existentes”, com falta de leis adequadas, agentes capacitados para sua aplicação, corrupção e falta de participação e controle social.⁵²⁹

Em análise às leis de procedimento administrativo dos referidos países, inclusive, o Brasil, verifica a doutrina que tais normas assumem o papel de limitação para o particular e atribuição de prerrogativas para a Administração Pública, sendo a introdução dos critérios em defesa do administrado que na realidade são poucos reconhecidos, com a subsistência de um procedimento real e paralelo, ao normativo.⁵³⁰

Não obstante, o Direito Administrativo Brasileiro, como aponta a literatura, “acolheu” tais prerrogativas da Administração Pública, que demarcam o paradoxo do nascimento do Direito Administrativo na França sob o “signo do autoritarismo”, uma vez que a “autoridade é protegida por prerrogativas públicas que garantam a supremacia do poder público sobre o particular”.⁵³¹

Algo que se generaliza com o crescente intervencionismo Estatal no século XX, faz com que o Direito Público se aproxime cada vez mais do Estado, voltando-se a ampliação das prerrogativas, privilégios e *potestades* da Administração Pública em detri-

529 BERNHARD, Regina. El Derecho Administrativo en Países de América del Sur: Coincide la teoría con la realidad? Comparación y evaluación de diferentes sistemas. Anuario de derecho constitucional latino-americano, Fundación Konrad Adenauer, Berlim, a. 14, p. 441-471, 2008.

530 GORDILLO, Agustin A. La Administración Paralela. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1988. p. 50.

531 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo... Op. cit. p. 5 e 2.

mento das garantias, liberdades e *seguridades* com desequilíbrio da balança em desvantagem do indivíduo e da sociedade.⁵³²

Tal ampliação resultou em um arsenal de prerrogativas Estaduais, que resultaram em leis marciais, Estado de Emergência, confiscação de bem, poderes normativos sem limites, além de restrição a direitos fundamentais, ignorando que o princípio político-organizacional da comunidade política tem por trás a preeminência da liberdade em face da liberdade como a melhor maneira de sua garantia perante o poder.⁵³³

Assim, sob a prevalência de um interesse sobre o outro – o público sobre o privado – utiliza critérios apriorísticos em favor do agente público e seu ato é contra o particular a quem afeta, “a favor do poder, em contra do indivíduo. Em mão contrária da história atual”, se confundindo a Administração Pública como “fiel tutora do interesse público e o particular seu inimigo contraparte”.⁵³⁴

A identidade da Administração com a sociedade – e contrária ao indivíduo – e, portanto, do interesse que move a Administração com o público é apenas “*uma variante sofisticada, mas não substancialmente distinta daquelas frases que vieram no Direito Administrativo Absolutista*”, os princípios do *quod regis placuit legis est, the King can do now rong, le Roi Ne Peut mal faire*.⁵³⁵

O uso de tal sofisma apresentado como sendo paradigma provém do Estado de Polícia Medieval e sustenta sem argumentação que prevalecem os atos “do funcionário disfarçado de Admi-

532 DROMI, Roberto. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998. p. 55.

533 DROMI, Roberto. Op. cit. p. 55-56 e 82.

534 GORDILLO, Augustin. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 4-5.

535 GORDILLO, Augustin. Tratado... Tomo 1. Op. cit. p. 5.

nistração e não do indivíduo, também importa na advertência que as “arbitrariedades administrativas não controladas judicialmente em tempo oportuno, são o caldo de cultivo da corrupção.”⁵³⁶

Ademais, baseia-se em uma “afirmação categórica que não se pode demonstrar” que o poder representa “sempre e necessariamente” no caso concreto, “o interesse público, o bem comum, a boa ordem da comunidade ou qualquer frase que queira eleger”, funcionando como o “mais ilógico argumento de autoridade”, uma vez que o funcionário parece que “nunca desce a categoria de homem, mas está sempre em uma essência sobrenatural”.⁵³⁷

Por efeito, adota-se uma posição de partida favorável ao agente público que desempenha em uma Administração “transmutada em Olímpio” que atua de forma imparcial e independente, em lugar de *in favorem liberatis in dubio por administratione*, sob o manto que serve ao interesse público ou bem comum, “como se ao bem comum não interessasse a tutela da liberdade individual”.⁵³⁸

Neste contexto, aponta a doutrina que a concessão de prerogativas aos agentes estatais – no caso da Argentina decorre de lei⁵³⁹ – como a presunção de legitimidade, o não reconhecimento de efeitos suspensivos aos recursos contra atos administrativos, a auto executoriedade concede uma “*respuesta coherentemente autoritaria*” ao modelo marcado pelo descumprimento das garantias do cidadão e da legalidade.⁵⁴⁰

536 GORDILLO, Augustin. Tratado... Tomo 1. Op. cit. p. 5.

537 GORDILLO, Augustin. Tratado... Tomo 1. Op. cit. p. 5.

538 GORDILLO, Augustin. Tratado... Tomo 1. Op. cit. p. 6.

539 ARGENTINA. Decreto-Ley 19.549 de 03 de Abril de 1972. Dispõe sobre o Procedimento Administrativo.

540 GORDILLO, Augustin. Tratado... Tomo 1. Op. cit. p. 9.

No que tange ao Estado Brasileiro, agrava-se a questão uma vez que a doutrina pátria fundamenta as prerrogativas “em geral, na sua natureza de ato emanado pelo Estado, sendo este dotado de poder, daí resultando a ascendência sobre os particulares.”, já que “a legislação administrativa brasileira não contém explícita referência às prerrogativas do ato administrativo”.⁵⁴¹

Tanto, que afirma a doutrina que “entretanto o certo é que existam tais *cânones* reconhecíveis no ordenamento jurídico e aceitos tranquila e pacificamente pela doutrina ao passo que *inexistem nas relações que contemplam interesses privados, concernentes ao comercio jurídico estabelecido entre particulares*”⁵⁴² armando a Administração de poderes e posições jurídicas superiores que aos cidadãos sem fundamentos jurídico-positivos.

Assim, ao lado dos princípios da ordem constitucional – como a legalidade ou impessoalidade – sustenta a literatura, por exemplo, o *princípio da presunção de legitimidade ou veracidade*, que concede à Administração a “*certeza dos fatos*” e da legalidade, pois “*se a Administração Pública se submete à lei*, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam *verdadeiros e praticados* com observância das normas legais pertinentes”.⁵⁴³

Note, que se encontre na lúdica submissão da Administração Pública a legalidade, o fundamento para conceder aos agentes um véu de legitimidade, como se o particular não estivesse sujeito à observância da ordem jurídica, até com mais firmeza, visto que enquanto sua ação não escapada do domínio coercitivo do Estado,

541 MEDAUAR, Odete. As prerrogativas do Ato Administrativo na Republica Federativa do Brasil, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica n. 3. Dec. 2012.

542 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo... Op. cit. p. 48.

543 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito... Op. cit. p. 69.

a Administração, aponta a literatura, está sujeita a órgãos de controle usualmente dotados de falta de isenção e imparcialidade.⁵⁴⁴

Ademais, a partir dessa áurea de legalidade, decorreriam dois efeitos principais a inversão do ônus da prova – que impõe ao indivíduo o encargo de demonstrar a falta de veracidade dos fatos ou a ilegalidade dos atos demonstrados – e a sua imediata *operatividade* – que “tem a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância” e pode ser executada pela Administração mediante meios de coação.⁵⁴⁵

Note que impõe-se, mesmo em caso de ilegalidade, a presunção de legalidade de forma que arma-se a autoridade administrativa de uma blindagem de seus atos que apenas será questionada caso haja alegação de sua ilegalidade e somente será elidida se comprovada a mesma, atribuindo não ao agente estatal vinculado à legalidade estrita o dever de demonstrar que atuou conforme a lei, mas ao cidadão o ônus probatório, as vezes, de difícil produção.

Por esta razão, afirma a doutrina que a concepção de presunção de legitimidade dada aos atos administrativos representa um pensamento “político estatista e autoritário”, mesmo quando veiculado através de norma legal e com fundamento no interesse público, pois é irrazoável e inconstitucional, permitir que atos manifestamente ilegítimos presumam-se legítimos e produzam efeitos até a sua comprovação.⁵⁴⁶

A presunção de legitimidade se liga a outra prerrogativa não prevista na ordem jurídico-positiva, mas oriunda do Direito Francês e generalizada pelos outros observar a “diversidade dos siste-

544 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit. p. 90.

545 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito... Op. cit. p. 69.

546 GORDILLO, Augustin. Tratado... Tomo 3. Op. cit. V-4 e V-5.

mas constitucionais”, o privilégio *du préalable y de l'action d'office* que corresponde a exigibilidade e excoutoriedade dos atos da Administração que permite tomar unilateralmente decisões obrigatórias aos seus cidadãos.⁵⁴⁷

Recorrente fundamentação é que a “Administração ficaria paralisada se, cada vez que pretendesse movimentar-se, precisasse consultar os interesses privados atingidos”, de forma que tal potestade foi concedida para “diante da resistência privada, fazer prevalecer *manu militari* à decisão tomada, recorrendo a meios coativos e dominando os esforços particulares impeditivos à consecução dos fins do interesse público”.⁵⁴⁸

Porém, os próprio autores, apontam que “Direito Administrativo não é sinônimo de Direito Administrativo Francês” e o sistema administrativista da *common law* é marcado pela concepção de uma disciplina não exorbitante, inexistindo prerrogativas administrativas, como a auto-excoutoriedade, sem que isto impeça o regular desenvolvimento das atividades pela Administração Pública⁵⁴⁹.

Como visto, o sistema administrativo Francês é caracterizado pela existência de um “certo número de privilégios” que são dotados a Administração e que decorrem da noção de *puissance publique*, sendo que as prerrogativas de *privilège d'action d'office, la force probante des actes administratifs e l'immunité de l'administration em matière d'exécution forcée* são construções da sua jurisprudência administrativa.⁵⁵⁰

547 GORDILLO, Augustin. Tratado... Tomo 3. Op. cit. V-24.

548 CRETELLA JUNIOR, José. Os Cânones do Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 25, n. 97, p. 23, jan/mar. 1988.

549 CRETELLA JUNIOR, José. Direito Administrativo Comparado. Forense: Rio de Janeiro, 1990. p. 51 e 40-41.

550 MALEZIEUX, Raymond. Op. cit. p. 145-148.

Com tal prerrogativa “sem o correspondente título do Judiciário, a Administração interfere no cenário jurídico-administrativo, restringindo a esfera dos direitos e interesses do cidadão, sempre que o interesse público seja afetado”, de forma que, junto com as outras inúmeras prerrogativas públicas cerca-se a Administração de “*benefícios* evidentes que reforçam a atuação coativa do Estado no choque com o particular”.⁵⁵¹

Porém, não se pode construir os atos da Administração de acordo com um modelo *autoritário*, uma vez que as atuações em razão de sua própria natureza, não se adéquam mais a uma execução coativa ou forçada, bem como, o seu conteúdo decisório na contemporaneidade é determinada de forma concertada pela Administração e particular, através de um consenso.⁵⁵²

Chamando a atenção para uma realidade marcada pelo “demasiado autoritarismo e excesso de poder”, a doutrina coloca que não é possível em um Estado de Direito admitir uma *potestade* de execução forçada senão através de leis expressas e concretas para situações determinadas, sob pena de “cair em um verdadeiro Estado de Polícia”, a previsão, ainda que legal, dessa “potestade coativa indiscriminada para a Administração”.⁵⁵³

Consideram que tais prerrogativas da Administração Pública, formam um “ato administrativo autista”, uma vez que centrado na autoridade é marcado pela “absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade”, o que gera um choque com os

551 CRETILLA JUNIOR, José. Os Cânones.. Op. cit. p. 24.

552 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit. p. 489.

553 GORDILLO, Augustin. Tratado... Tomo 3. Op. cit. V33.

desafios contemporâneos de uma atividade administrativa hodierna voltada à processualidade, consensualidade e controle.⁵⁵⁴

Aponta com destreza quanto à atuação da Administração que não se deve “indagar aprioristicamente que notas conceituais cremos que devem dar-se ao ato, mas investigar o direito positivo a fim de averiguar como está regulada”, de forma que devem ser “um reflexo de todo sistema jurídico aplicável e não podem ser resolvidos a nível puramente doutrinário” sem “fundamentos sistemáticos e não pontuais da ordem jurídica”.⁵⁵⁵

Note que, a ausência de fundamentos jurídico-positivos das prerrogativas estatais torna-se incompatível com o modelo do Estado de Direito, visto que concede verdadeiros privilégios à Administração que permitem restrição aos direitos dos indivíduos sem previsão legal, se subtraindo, portanto, do domínio dos limites da ordem positiva decorrente da deliberação democrática sobre quais prerrogativas a sociedade legitimamente atribui ao poder.

Talvez, por esta razão, já sob o império da nova ordem constitucional vigente onde também, não encontravam fundamentos jurídico-positivos, tal doutrina não externou a presunção de legitimidade, auto-executoriedade e outros como princípios do regime administrativo brasileiro, mas apenas aqueles explícitos e implícitos na Constituição, embora ainda sustente tais prerrogativas no dito princípio da supremacia do interesse público.⁵⁵⁶

554 MARQUES, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista in: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89-113.

555 GORDILLO, Augustin. Tratado... Tomo 3. Op. cit. V-1 e V-2.

556 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 95 e 411.

Isto porque, com as transformações sofridas pela ascensão do Estado Democrático de Direito⁵⁵⁷ volta-se a doutrina a partir dos fins do século XX a preocupação com os direitos do cidadão na construção e interpretação dos institutos do Direito Administrativo, de modo que o foco metodológico “deslocou-se das prerrogativas do poder para os direitos do cidadãos, perpassando o Direito Administrativo moderno de um supro de humanidade.”⁵⁵⁸

Demonstra os autores, que as prerrogativas refletem a influência de concepções não democráticas do Estado de teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que “identificavam a atividade administrativa como manifestação da soberania estatal”, de forma que atuam como forma de imposição pela *força* sobre os particulares, o que não coaduna com o *consenso* exigido uma democracia republicana.⁵⁵⁹

Não se torna compatível que o Estado na atualidade aja com “privilégios e prerrogativas de uma Administração autoritária que vivia em um contexto de unilateralidade” marcado pela “ordem e o mando” a título do interesse público, cuja concepção “aberta, plural, dinâmica e compatível com interesse geral está ajudando sobremaneira a construir novos espaços de equilíbrio em que deve descansar o novo Direito Administrativo”.⁵⁶⁰

557 O tema será tratado no Capítulo III Item I.

558 MEDAUAR, Odete. Forte Presença do Direito Administrativo in: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, marcos Juruena Villela. Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 471

559 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8 ed rev. Ampla e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 342-343.

560 MUNÓZ, Jaimen Rodríguez Arana. La Vuelta ao Derecho Administrativo: A Vuelta con lo privado y lo público. Revista Andaluza de Administración Pública, Universidad de Sevilla, p. 44, jan/fev/mar de 2005.

Sob uma ordem constitucional democrática, um Direito Administrativo autoritário marcado por privilégios e prerrogativas não é congruente com as expectativas da sociedade em relação ao Estado-Administração e não se “compadecem com a existência de uma autêntica Administração Pública cada vez mais consciente de sua posição institucional em um sistema democrático”⁵⁶¹.

Isto conduz a adequação das instituições administrativas a esta nova realidade constitucional: as *potestades* ou prerrogativas que goza a Administração Pública requerem uma “nova abordagem”, uma vez que, são frutos de contextos históricos e políticos distintos, de forma que “não pode se operar da mesma forma”, em um sistema democrático atual, onde busca-se a centralidade do administrado e a promoção e defesa de seus direitos.⁵⁶²

Alguns autores chegam a propor critérios, ao submeter o exercício dos poderes e prerrogativas não somente à legalidade estrita, mas também, a motivação necessária como “antídoto contra arbitrariedade de toda a sorte”, enfraquecendo a unilateralidade com a transação no ato administrativo e arbitragem nos contratos e a discricionariedade com o dever de justificação racional dentre outros.⁵⁶³

Ademais, já que *potestades* enquanto *privilégios* não se adequam à orientação constitucional e não se sustentam como elementos exorbitantes do direito comum “embora resistam a desaparecer”, apenas se admite aquelas previstas na Constituição e nas leis devem ser tidas como *prerrogativas* instrumentais e normativas

561 MUNÓZ, Jaimen Rodríguez Arana. Op. cit. p. 40 e 47.

562 MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Op. cit. p. 48-49.

563 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. A Efetividade dos princípios do Direito Administrativo no Exercício da Tutela Jurisdicional in: OSÓRIO, Fábio medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit. p. 443.

da Administração Pública para o cumprimento dos fins, que em conflito com os direitos fundamentais, cedem para estes.⁵⁶⁴

Neste sentido, embora se aceite que a técnica jurídica se situa na ordem dos meios utilizados na atividade administrativa com fins de interesse geral, essa escolha dos modos de atividade administrativa – leia-se com a utilização das prerrogativas e poderes – não se pode realizar senão à luz dos objetivos visados e de acordo com o princípio da proporcionalidade dos meios em relação aos fins.⁵⁶⁵

Logo, a concepção das prerrogativas e poderes da Administração Pública como técnica jurídica adotada para a prossecução do interesse público, não significa que sua utilização ocorrerá sempre e de qualquer forma pelo agente estatal, mas deve ser justificado em concreto a sua aplicação, mediante a verificação da adequação, necessidade e benefícios de sua utilização com a restrição do direito envolvido em favor do interesse público.

O tema será tratado a seguir.

4.3. As prerrogativas administrativas no Estado Constitucional de Direito: adequação ao sistema de direitos e garantias fundamentais e aos fins constitucionais

No que se referem ao exercício, as prerrogativas públicas não se encontram ilimitadas ou desvinculadas de seus fundamentos, pois embora cientificamente estruturadas sob a égide da formação do Estado Moderno como reafirmação da soberania e instrumento para

564 GIL, José Luis Meilán. Op. cit. p. 73.

565 WEIL, Prosper. Op. cit. p. 101.

a prossecução do interesse público, na contemporaneidade assumirá feição compatível com os demais bens e valores igualmente tutelados.

Decorre do sistema de separação de poderes, com o epicentro em uma Constituição formal, que atribui em razão da especialização funcional e independência orgânica dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário funções e prerrogativas cujo exercício ocorre de forma preponderante e sem interferência, mas que correspondem, em último grau, à realização dos preceitos fundamentais.

Como visto, o que marca o Estado Constitucional de Direito é atribuição de uma normatividade à Constituição, que passa a ser tida não somente como um documento político sujeito à concretização pelas forças políticas vigentes, mas uma norma jurídica que impõe deveres aos poderes públicos e demanda não apenas o respeito, mas a concretização seus preceitos.⁵⁶⁶

A Constituição consagra um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos referidos bens, gerando o esvaziamento da eficácia de suas normas a título de exercício da democracia⁵⁶⁷ e tão pouco em razão da respectiva e residual discricionariedade administrativa.

Nesse tocante, cabe aos Poderes Públicos não apenas se abster de violar os preceitos constitucionais, mas, na persecução de suas finalidades, buscar a concretização dos bens e valores fundamentais

566 Sobre o tema, vide: HESSE, Konrad. A força normativa da constituição... Op. cit.

567 Isto porque a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria a limitação do poder e os direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 382-391.

da sociedade veiculados pela Constituição, observadas as possibilidades das regras e princípios constitucionais e limitados aos seus respectivos campos de conformação ou discricionariedade.

Desta sorte, há de se perquirir uma sujeição imediata da interpretação das prerrogativas públicas à uma hermenêutica administrativa que busca a compatibilização com os bens e valores constitucionais – como os princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais – de forma a garantir a sua legitimidade perante o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Por efeito, as prerrogativas públicas assumem no constitucionalismo contemporâneo não um papel de privilégios estatais concedidos a benefícios dos poderes orgânicos podendo ocorrer ou não o uso pelos seus agentes estatais, mas encontram sua legitimidade enquanto instrumentos vinculados à realização das finalidades estatais consagradas na lei fundamental.⁵⁶⁸

Por efeito, as prerrogativas públicas transmutam seu papel de instrumentos de reafirmação da autoridade soberana estatal, para mecanismos que garantam o exercício voltado à concretização dos bens e interesses fundamentais da sociedade veiculados pela Constituição – dentre os quais inclui os interesses públicos – e na medida em que estes sejam necessários para satisfazê-los.

Isso porque, em uma ordem plural junto à persecução dos interesses públicos projetam-se da ordem constitucional direitos e garantias públicas dirigidas ao cidadão – legalidade, isonomia, proporcionalidade e outras – de modo que não se pode considerar que as prerrogativas públicas visem alcançar o equilíbrio com esses privilégios, ao qual deve ser alinhados no caso concreto.

568 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 397.

Na literatura tradicional, apontava-se que juntos efeitos do poder de império ao qual o indivíduo se sujeita tornava necessária a sua investidura em posições jurídicas capazes de funcionar como forma de autolimitação do ente estatal⁵⁶⁹ e, portanto, as prerrogativas públicas assumiam uma posição dialética de forma a garantir o equilíbrio na ordem jurídico-política.

Assim, o exercício dessas prerrogativas somente poderia ser concebido enquanto alinhado às finalidades estatais que remetem à realização dos bens e interesses fundamentais e na medida em que coexistam com os direitos individuais e adequados com certas garantias, em um sistema justo e sólido, que compensasse essa referida sujeição antes imposta⁵⁷⁰.

Inevitável, todavia, que tal compreensão se constrói a partir da noção de que o poder político-jurídico é dotado do *imperium* monopólio da coação organizada, de forma incondicionada e irresistível que se revela pela impossibilidade de se subtrair quem a ele se submete⁵⁷¹ e que no Estado de Direito está condicionado a sua submissão à legalidade que demarca esferas de *atuação* e de *limites*.⁵⁷²

569 GROPPALI, Alexandre. Op. cit., p. 210 e 215.

570 CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 3, 2006. p. 320-321.

571 O imperium é o caractere que o distingue dos demais poderes das sociedades políticas por ser dotado de força e meios para obrigar à execução de sua ordem. É sede da coercibilidade do Estado que se faz incidir sobre sua sociedade e inclusive outras nações, a priori, de forma institucional, na qual, por meio jurídico, tenta fazer valer a sua efetividade, porém, não ocorrendo e sendo necessário fazer uso de seu meio material. VERDU, Pablo Lucas. Curso de derecho político. 2. ed. rev. Madrid: Editorial Tecnos, 1972. p. 97.

572 Só goza de autoridade o poder de Estado a que se reconhece que o poder está autorizado. Sua autoridade se baseia unicamente em sua legalidade, em tanto que esta se fundamenta na legitimidade. HELLER, Hermann. Teoría del estado. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p. 270-271.

Por conseguinte, parte-se de uma visão do Estado Liberal de Direito onde é concedido pela ordem jurídica um complexo de faculdades concedidas aos indivíduos, como forma de limite à atuação do poder estatal à sua esfera de autodeterminação, aplicável na relação dos cidadãos com os poderes públicos, denominado de direitos públicos subjetivos⁵⁷³.

De tais direitos públicos subjetivos seria possível extrair um sistema de posições jurídicas que abrange *direitos, liberdades e competências*. Os *direitos subjetivos do cidadão* abrangem, portanto, a relação triádica entre o titular, o objeto e o destinatário, que pela interação entre os dois últimos implicam em uma possível ação *negativa* ou *positiva*.⁵⁷⁴

Os direitos a ações negativas, tidos como direitos de defesa, correspondem ao direito dos cidadãos contra atuações do Estado, que abrange a vedação que o ente estatal impeça ou dificulte determinada ações⁵⁷⁵, afete determinadas características e situa-

573 A idéia dos direitos públicos subjetivos se encontra ligada à ideia do Estado de Direito, uma vez que cabe à organização estatal submetida à ordem jurídica conceder e respeitar os direitos atribuídos aos seus indivíduos. GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Evolución y negación del derecho subjetivo. In Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado Colombia n. 05, p.25 jan./jun. 2011. Disponível: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952/2596>. Acesso: 25 de Abril de 2017.

574 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 193-196.

575 O direito ao não embaraço de ações envolve a vedação que o ente estatal impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito em face deste, como, por exemplo, impedir a manifestação do pensamento, exceto se realizado com anonimato, como veda o artigo 5º inciso IV da Constituição Federal de 1988.

ções⁵⁷⁶ ou elimine determinadas posições jurídicas⁵⁷⁷ do titular do direito, impondo limites estatais na persecução de seus fins.⁵⁷⁸

De tal sorte, importa em uma competência negativa dos Poderes Públicos, que ficam obrigados a respeitar e garantir o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado, decorrendo uma pretensão do indivíduo de exigir a *abstenção*, *revogação*, *reconsideração* ou *anulação* do ato estatal, além, de *defesa ou proteção* contra atos de terceiros⁵⁷⁹⁵⁸⁰.

Adota-se, portanto, uma concepção liberal clássica, onde os direitos fundamentais seriam aqueles destinados a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Pú-

576 O direito à não-afetação de características e situações do titular do direito abrange por exemplo, a inviolabilidade do domicílio, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, conforme dispõe o artigo 5º inciso XI da Constituição Federal de 1988.

577 O direito à não-eliminação de posições jurídicas que dependem de conformação jurídica, como, por exemplo, os interditos possessórios no caso de usuração da posse de dada propriedade.

578 ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 196.

579 Os direitos de defesa legitimam a pretensão de abstenção *Unterlassungsanspruch*, de revogação *Aufhebungsanspruch* ou de anulação *Beseitigungsanspruch*, mas também de consideração *Berücksichtigungsanspruch* do Estado levar em conta a situação do evento afetado fazendo as devidas ponderações e de defesa *Schutzanspruch* que impõe ao Estado nos casos extremos, o dever de agir contra agressões de terceiro, uma vez que os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção *Engrißsverbote*, mas um postulado de proteção *Schutzgebote* que abrange o dever de proibição de determinada conduta *Verbotspflicht*, o dever de segurança contra ataques de terceiros *Sicherheitspflicht* e o dever de evitar riscos mediante a adoção de medidas de proteção ou prevenção *Risikopflicht*. Sobre o tema, vide: MENDES, Gilmar. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 3 ed. Rev e ampla. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3 e 12.

580 Há outras posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, que buscam proteger os direitos fundamentais contra ingerência dos poderes públicos e abusos de entidades particulares, de forma a se garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10 ed. rev atual e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 167.

blicos, se identificado, portanto, com direitos de defesa, que impõe apenas ações negativas ou abstenções do Estado e não atuações positivas com fins à sua concretização.⁵⁸¹

Porém, a garantia dos direitos de defesa contra ingerência indevida do Estado não é suficiente para assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais, de tal sorte, que as Cortes Constitucionais da Alemanha e da Itália⁵⁸², os reconheceram como também direitos a ações positivas que demandavam ações do Estado para garantir a sua concretização⁵⁸³.

Os direitos a ações positivas, vistos como direitos à prestações, envolvem o direito dos cidadãos de atuações do Estado seja na prática de atos concretos - como a execução de políticas pú-

581 No Estado Liberal de Direito os direitos fundamentais são tidos como direitos liberais da pessoa humana individualmente considerada, como oriunda de sua esfera de liberdade e ilimitada em princípio da atuação do Estado, em contrapartido, aos deveres fundamentais que correspondem ao dever dos homens que se encontram dentro da esfera do poder do Estado. SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. 1 ed. Alianza Editorial S.A.: Madrid, 1982. p. 170 e 179.

582 São precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão: o BVerfGE 1, 97 (104-105) que embora não reconheceu a obrigação do Estado de prestação de assistência social, indicou que isso não significava que o indivíduo não tinha direito garantido à assistência; o BVerfGE 40, 121 (133) considerou a assistência aos necessitados como dever do Estado Social, para cidadãos que em virtude de fragilidade física ou psíquica, enfrentam obstáculos para seu desenvolvimento pessoal e social, e não estão em condições de sustentar sozinho, cabendo a comunidade estatal garantir no mínimo as condições básicas para uma existência humana digna. ALEXY, Robert. p. 436.

583 A atuação do Estado perante os direitos fundamentais, ainda que os individuais, não é de simples abstenção. Postulam-se condições de segurança em que possam ser exercidos, garantida pelos Estado. Ademais, algumas liberdades, exigem prestações positivas ou auxílios materiais, sem os quais se frustra o exercício pelo indivíduos ou por todos os grupos. MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais: Sua Dimensão Individual e Social. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 1, p. 202, out/dez 1992.

blicas⁵⁸⁴ - ou de atos normativos – como a criação de normas⁵⁸⁵ - necessárias à realização de seus direitos, impondo, portanto, ao Estado a persecução de alguns objetivos⁵⁸⁶.

Isto porque, a garantia da liberdade-autonomia do indivíduo perante o Estado, não depende apenas de uma omissão ou abstenção dos poderes públicos no exercício dos direitos, mas dependa disposição aos indivíduos de prestações de natureza jurídica e material capazes de garantir a concretização dos referidos direitos⁵⁸⁷ e, portanto, limites a ação estatal, inclusive no que tange as suas prerrogativas públicas.

Os direitos à prestações, portanto, importam na vinculação da persecução das finalidades estatais a direitos subjetivos públicos dos cidadãos⁵⁸⁸, de tal sorte que, não se sujeitam ao arbítrio de

584 A satisfação do direito ocorre mediante uma ação fática, como, por exemplo, a disponibilidade de vagas no ensino fundamental em razão do dever do Estado de fornecer ensino público gratuito em estabelecimentos oficiais, conforme artigo 205 e 206 inciso IV da Constituição Federal de 1988.

585 Nesse prisma os direitos fundamentais representam normas de proteção de institutos jurídicos, pois torna-se indispensável a atuação do legislador para a concretização do direito. Como, por exemplo, a edição de normas disciplinadoras do direito de sociedade para o exercício do direito de associação. De tal sorte, que se extrai um autêntico dever constitucional de legislar *Verfassungsauftrag* que obriga o legislador a expedir atos normativos concretizadores de alguns direitos. MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 4.

586 Assim, são direitos à prestações, todos os direitos que abrangem uma ação estatal positiva, desde as prestações fáticas até as normativas, como a proteção por meio de normas que tutelam os direitos ou criação de normas organizacionais e procedimentais. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 442.

587 Não se trata de ter liberdade em relação ao Estado, mas de usufruir essa liberdade mediante uma atuação do Estado, de forma que impõe a obrigação do Estado de criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados, bem como, a pretensão de exigir as prestações por parte do Estado. MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 6.

588 Os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional. ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 445.

sua conformação legislativa, mas impõem prestações positivas em uma concepção substancial dos direitos subjetivos orientada pela dignidade da pessoa humana⁵⁸⁹.

Porém, não se restringem apenas ao oferecimento de prestações materiais, mas abrange, a definição da organização e procedimento, como forma de garantir a concretização dos direitos fundamentais pela definição de competências de direitos privados⁵⁹⁰, procedimentos judiciais e administrativos⁵⁹¹, organização em sentido *estricto*⁵⁹² e formação de vontade estatal⁵⁹³.

É possível extrair que na vinculação dos poderes públicos, os direitos fundamentais importam em uma limitação material de liberdade de conformação no âmbito de regulamentação e concretização, impedindo a criação de atos normativos contrários a eles, mas impondo, também, a criação ou conformação da legislação existente a sua realização.

589 Disto decorre um direito geral a prestações. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 449.

590 São direitos em face do Estado para que crie normas constitutivas para ações de direito privado, ou seja, para a criação, modificação e eliminação de posições jurídicas de direito privado, como, por exemplo, normas de direito contratual, matrimônio e sucessão. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 484.

591 Esses direitos são essenciais a uma proteção jurídica efetiva, uma vez que é necessário que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais envolvidos. Sempre que normas procedimentais puderem aumentar a proteção aos direitos fundamentais elas serão exigidas *prima facie* pelos princípios de direitos fundamentais. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 488 e 490.

592 São os direitos dos indivíduos a que o legislador crie normas de organização que sejam conforme os direitos fundamentais, tanto pela criação de direitos subjetivos, quanto por definição de deveres e proibições no aspecto objetivo. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 491.

593 São os direitos em face do Estado para que por meio de legislação ordinária, crie procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal. Os direitos fundamentais quando garantem o procedimento democrático, expressam uma confiança em sua racionalidade, mas não ilimitada. Não há uma relação de tensão entre os direitos fundamentais e princípios democráticos. ALEXY, Robert. Op. cit. p. 498-499.

Isto igualmente se refere ao Estado-Administração de forma que mais do que uma limitação à esfera de discricionariedade administrativa se determina, igualmente, a criação ou conformação dos instrumentos de atuação da Administração Pública de forma a competirem a realização dos bens e valores constitucionais, não apenas aqueles que se traduzam em interesses públicos, mas refiram-se a interesses dos indivíduos.

Desta sorte, tal qual se supera uma dialética entre interesses públicos e privados uma vez que a ordem jurídico-constitucional por sua natureza plural busca garantir ambos espaços de autonomia e a realização dos respectivos valores, igualmente, não se pode considerar que as prerrogativas públicas apenas buscam limitar os direitos e garantias fundamentais, mas devem ser tidas como instrumentos de sua concretização.

Isto não significa considerar que os direitos fundamentais ao serem tutelados por ações positivas e negativas dos poderes públicos, impedem que os poderes públicos, imponham aos mesmos restrições, mas que em um Estado de Direito essas limitações decorrem da legalidade e desde que não importe em seu esvaziamento, uma vez que eles compõem à parte substancial da Constituição⁵⁹⁴.

Isto porque, os os mesmos se sujeitam a delimitação mediante direitos de diferentes titulares, bem como, o sopesamento em face de direitos de terceiro ou de interesses coletivos relevantes, mas que sua

594 No Estado de Direito, a liberdade do indivíduo é ilimitada e a faculdade do Estado de restringi-la é limitada, todavia, isso não torna impossível ingerências e limitações, porém, impõe que ocorra por força do Princípio da Legalidade. Os direitos fundamentais encontram-se de baixo da salvaguarda da lei, mas também da própria Constituição, ao qual integram como parte essencial e embora possam ser modificados por reforma constitucional não pode por ela serem excluídos. SCHMITT, Carl. Op. cit. p. 179-181.

não-garantia de proteção pelos poderes públicos é justificável apenas quando necessários à proteção de outros referidos interesses⁵⁹⁵⁵⁹⁶.

Inexorável que o exercício de determinadas prerrogativas públicas – como a autoexecutoriedade – irão importar em restrição temporalmente delimitada aos direitos e garantias fundamentais – como o direito de liberdade – porém, isto não significa que tais instrumentos não represente a concretização dos referidos bens e valores constitucionais e tão pouco que ocorrerá sem alguns condicionamentos.

É necessária a delimitação de um âmbito de proteção fático ou normativo do direito fundamental, mediante a identificação do âmbito de proteção da norma e a expressão restrição constitucional ou reserva legal, que permita a restrição dada na conformação legislativa ou na discricionariedade administrativa na concretização dos referidos preceitos⁵⁹⁷.

595 A intervenção mensurada a partir de direitos de defesa, pode ser justificada não apenas por meio da referência à sua exigibilidade para a proteção de direitos individuais de terceiros, mas também de interesses coletivos. Porém, quanto mais se afetar expressões elementares da liberdade de ação humana, mais cuidadosamente devem ser sopesadas as razões utilizadas como fundamentação contra a pretensão básica de liberdade dos cidadãos. ALEXY, Robert. p. 466 e 469.

596 A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se enviem esforços para precisar quais elementos essenciais dessa categoria de direito, em especial, no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais. MENDES, Gilma Ferreira. Op. cit. p. 2.

597 Envolve a análise da norma constitucional de forma a garantir a identificação dos bens jurídicos protegidos e amplitude dessa proteção, bem como, das possíveis restrições contempladas, expressamente na Constituição e identificadas na reservas legais de índoles restritivas. Assim, por exemplo, a Constituição em variadas hipóteses restringe os direitos fundamentais, quando condiciona a expressões como “nos termos da lei” (Art. 5º VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (Art. 5º XII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (Art. 5º LVIII), mas também quando se refere a conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um direito, como a “função social” (Art. 5º XXIII). MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 14-15.

Há *limites imanes* às restrições realizadas pelos poderes públicos, exteriorizado na tutela de um núcleo essencial do direito fundamental⁵⁹⁸⁵⁹⁹, na observância ao princípio da proporcionalidade⁶⁰⁰, bem, como, na vedação da edição de atos que veiculem restrições casuísticas⁶⁰¹ de modo a garantir que a restrição do direito fundamental pela prerrogativa pública não seja arbitrária.

De tal sorte, que, na verificação da constitucionalidade de ação ou omissão administrativa ao qual pretende-se deflagrar a utilização da prerrogativa estatal, deve-se prever se a mesma se enquadra no âmbito de proteção do direito fundamental, configu-

598 Como reação aos abusos cometidos durante o regime nazista, A Lei Fundamental de Bonn expressamente vinculou o legislador aos direitos fundamentais (Art. 1 inciso III) e garantiu a proteção do núcleo essencial (Art. 19), ao determinar que a restrição deve: ser genérica e não limitada a um caso particular; indicar o direito fundamental em questão; e em nenhum caso pode violar a sua essência. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf Acesso em 01.05.2017.

599 Há duas teorias acerca da tutela do núcleo essencial dos direitos fundamentais: a absoluta que o considera como unidade substancial autônoma substantieller Wesenskern que independente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual limitação legislativa e a teoria relativa que considera que o núcleo essencial pode ser definido para cada caso tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo, extraído, portanto, do processo de ponderação entre meios e fins e sujeitos com base no princípio da proporcionalidade e não estão sujeito à restrição o redução. Sobre o tema: MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 43-46.

600 Na atuação estatal, inclusive na atividade de produção normativa, o princípio da proporcionalidade se demonstra essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela dos direitos fundamentais ao proibir o excesso e verdar o arbítrio do pdoer, extraindo a sua justificação dogmática da garantia do devido processo legal no seu prisma substantivo. STUMM, Raquel Denize. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 159-170.

601 As restrições aos direitos fundamentais devem ser estabelecidos por atos normativos que atendam a generalidade e abstração, evitando a violação ao princípio da igualdade material., impondo encargos para uns cidadãos em relação a outros, bem como, a proteção da confiança pela falta de previsibilidade e a separação dos poderes, por ter natureza d de ato administrativo individual e concreto sob as vestes de lei. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito... Op. cit. p. 614.

rando uma intervenção ou ausência da mesma que se insere nessa esfera e pode ser justificada com base na lei fundamental.⁶⁰²

Isto porque, com a ascensão do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais passam a compor a parte substancial da Constituição e assumir uma centralidade na ordem jurídica com reconhecimento de uma dimensão objetiva, que além de impor ações e abstenções ao Estado, institui uma ordem de valores que condiciona a própria existência e atividade dos poderes públicos.

Com esse novo *status* adquiridos, os direitos fundamentais passaram a assumir, também, a posição de centralidade no sistema jurídico, instituindo uma ordem objetiva de valores que irradia sua força normativa por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito e vinculando a atuação dos poderes públicos⁶⁰³.

Também, passam a corresponder ao lado dos princípios estruturais e organizacionais um *núcleo básico* do ordenamento constitucional⁶⁰⁴ e *critério de interpretação* de suas normas, categorias e institutos, em um fenômeno de abertura constitucional ou

602 Neste tocante, deve se ainda indagar se a própria medida é constitucional, ou seja, se aplica a lei ou ato normativo em conformidade com a Constituição, de forma proporcional e clara ou determinada para o atingido. MENDES, Gilmar. p. 108-109.

603 Apresentam os direitos fundamentais, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos, que condicionam a validade material das normas produzidas e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantías: La ley del mais débil*. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 22.

604 Os direitos fundamentais como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos para integrar a substância propriamente dita da Constituição formado pelas decisões fundamentais da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado Democrático de Direito se torna necessária certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 61.

de constitucionalização em aberto, que importa na irradiação ou expansão da dignidade e dos direitos do homem⁶⁰⁵

Em especial, os direitos e garantias fundamentais transformam-se como um dos critérios de verificação da legitimidade do Estado, que passa a ser medido pelo grau de observância e de implementação dos direitos fundamentais radicados na dignidade da pessoa humana pelos poderes públicos através dos seus instrumentos e ação⁶⁰⁶ dentre os quais as prerrogativas públicas.

A própria concepção dos direitos fundamentais, passa a determinar o significado dos poderes públicos, uma vez que, há uma íntima relação entre o papel assumido por esses direitos públicos subjetivos e a organização e exercício das funções estatais, uma vez que garantem que o sistema político e jurídico se orientará pelo respeito e promoção da pessoa humana⁶⁰⁷.

Disto se extrai, que além da utilização das prerrogativas administrativas como forma de alcançar o interesse público e, portanto, sujeita aos limites da restrição dos direitos e garantias fundamentais, há também de se reconhecer o seu papel de instrumento de promoção destes e de outros bens e valores consti-

605 É alçado em forja central da eclética e difusão produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira... Op. cit. p. 20-21.

606 Uma Constituição que consagre um Estado de Direito não pode admitir que qualquer governante ou órgão do Estado possa agir arbitrariamente, fora dos limites constitucionais, sob pretexto de conveniência pública ou de necessidade e urgência que justifique a prática de atos arbitrários. O verdadeiro Estado de Direito é aquele que assegura a prática da democracia e a proteção da dignidade da pessoa humana. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 182-183.

607 O respeito e promoção dos direitos fundamentais tanto em sua dimensão individual que caracteriza o Estado Liberal de Direito, quanto conjugando-o com a exigência de solidariedade corolário do componente social e coletivo da vida humana do Estado Social e Direito. LUÑO, Antonio Enrique Perez. Op. cit. p. 20.

tucionais, razão pelo qual sua utilização deverá ter como thelos a realização de tais preceitos fundamentais.

O tema será tratado a seguir.

4.4. As prerrogativas administrativas e o processo judicial: adequação das disposições do novo código de processo civil ao sistema constitucional

No exercício das atividades públicas, aponta a literatura jurídica tradicional que é concedido um regime jurídico tido como derogatório e exorbitante ao direito comum, marcado pela concessão de algumas *prerrogativas*, na medida em que se demonstram de fato necessárias para que a Administração Pública possa alcançar os referidos fins públicos⁶⁰⁸.

Nesse tocante, as prerrogativas denotam um caráter preponderantemente político-institucional, uma vez que, na sua concessão, aos poderes orgânicos está pressuposta uma atividade pública – *munus*, ofício ou função⁶⁰⁹, de forma que encontram seu fundamento e legitimidade na medida em que necessários à satisfação dos interesses públicos.

Por meio dele, pretende tais autores sustentar que se garante a proteção de interesses que se demonstrem coletivos, dotando os órgãos estatais de posições pessoalmente fruíveis e passíveis de exigi-

608 GORDILLO, Augustin. Princípios gerais de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 122.

609 BRITTO, Carlos Ayres. Direitos subjetivos e prerrogativas constitucionais. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, n. 2, v. 1, p. 48-50, 1992.

bilidade, porém não expressamente particularizadas quanto aos seus benefícios, que não se confundem com direitos subjetivos⁶¹⁰.

No âmbito da função estatal, o regime jurídico-administrativo tradicionalmente é visto como aquele que impõe ônus, restrições e sujeições à atuação da Administração Pública, e concede-lhe prerrogativas, de modo que, por meio de ambos, busca-se conformá-la e dotá-la de forma hábil e adequada para o eficiente cumprimento dos fins a que se destina⁶¹¹.

Assim, é usual se afirmar que por força das restrições impostas, submete-se a atividade administrativa aos princípios que informam a sua atuação, nos quais implica desvio de poder e nulidade dos atos emanados, caso incorra em inobservância e por meio de suas prerrogativas, dota-se a Administração Pública de faculdades singulares, na persecução da finalidade pública⁶¹².

Inicialmente, compreende os poderes administrativos que garantem a proteção aos interesses públicos ao dotar os órgãos de instrumentos que permitem o bom, fácil e expediente desempenho de sua missão⁶¹³, sem que isto importe, que não se sujeitem a limites e estejam adstritos ao exercício da função, razão pelo qual se designa *poderes-deveres legais*.

Abrange a prerrogativa de editar atos normativos para complementar as leis e permitir a sua execução – poder regulamentar –, de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade privada em favor do interesse coletivo – poder de polícia –, de eleger entre

610 BRITTO, Carlos Ayres. Direitos subjetivos... Op. cit., p. 48-50.

611 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 397.

612 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo... Op. cit. p. 66.

613 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 8.

as várias condutas possíveis aquela que traduza maior conveniência e oportunidade para o interesse público⁶¹⁴.

No que se refere aos atos emanados no exercício dessa função, tem-se a presunção de veracidade e legitimidade, que importa na manifestação volitiva da Administração Pública na presunção de conformidade do ato administrativo quanto aos seus fatos motivadores e requisitos legais, importando na inversão do ônus da prova em caso de impugnação.

Há, ainda, a *autoexecutoriedade*, que corresponde à uma prerrogativa que permite pela Administração Pública a prática de forma imediata e integral dos seus atos para produzir os efeitos legalmente permitidos, independente do consentimento dos administrados ou de autorização do Poder Judiciário, exceto quando dispor de forma contrária à lei.

Por fim, tem-se a *coercibilidade*, que é a prerrogativa do Estado-Administração de impor imperativamente os seus atos obrigando a observância de todos os cidadãos que estejam na sua esfera de incidência ao comando emanado daquela manifestação de vontade estatal, variando, portanto, conforme seja ato geral ou tenha uma natureza eminentemente particular.

No que se refere ao aspecto processual, previa o antigo Código de Processo Civil as prerrogativas da Administração Pública em juízo como os prazos diferenciados para interposição de re-

614 Nesse sentido, nos alinhamos com José dos Santos Carvalho Filho (Manual de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 57 e 59), que entende que o poder hierárquico – de escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da administração com objetivo de organizar a função administrativa – e o disciplinar – de possibilidade de impor sanções aos agentes pelo descumprimento das normas – não correspondem a poderes, uma vez que não têm a fisionomia de prerrogativa de direito público, mas de fatos administrativos, acontecimentos que ocorrem no âmbito da organização administrativa.

curso ou contestação⁶¹⁵, a possibilidade de arbitramento de honorários advocatícios abaixo dos valores legais⁶¹⁶ e o pagamento ao final das despesas efetuadas no processo⁶¹⁷.

Ademais, havia também a consagração do duplo grau de jurisdição obrigatório⁶¹⁸, a dispensa do preparo recursal⁶¹⁹, além de outros previstos em normas processuais esparsas⁶²⁰, como a que determina a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública⁶²¹ ou estipula a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública⁶²², que devem ser compatibilizados com a legislação vigente.

Neste sentido, o novo Código de Processo Civil, em igual sentido, manteve diversas prerrogativas para a Fazenda Pública, como os Entes Federados e Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional terem o prazo especial em dobro em qualquer manifestação, salvo se lei estabelecer prazo diverso⁶²³, que parece ter por fundamento a litigiosidade excessiva e a necessidade de lapso compatível para as demandas.

Ademais, determinou que a contagem do referido prazo seja tido a partir da intimação pessoal do representante judicial do ente público, porém, ampliou as hipóteses para mesma, o que poderá ocorrer por carga na secretaria do cartório, da sua remessa

615 BRASIL. Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Arts. 188 e 277.

616 BRASIL. Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Art. 20, § 4º.

617 BRASIL. Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Art. 27.

618 BRASIL. Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Art. 475.

619 BRASIL. Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Art. 511.

620 BRAMANTE, Ivani Contini. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia. Revista de Processo, n. 117, v. 29, p. 368-369, 2004.

621 BRASIL. Lei Federal nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

622 BRASIL. Lei Federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.

623 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 183.

ao referido órgão público ou mediante a utilização de um meio eletrônico traduzindo em maior celeridade.⁶²⁴

Inovou ao determinar prerrogativas processuais para as autoridades como o poder de ser inquiridos em sua residência ou onde exercem sua função, mas apenas para os principais detentores de cargos públicos – Presidente, Ministros, PGE, PGJ, AGU, PGM, Senadores, Prefeito, Deputados, Governadores, Desembargadores e Embaixador⁶²⁵.

Note que a própria autoridade indica dia, hora e local a ser inquirida, e apenas se passado um mês sem manifestação da autoridade ou não comparecer, injustificadamente, à sessão agendada para a colheita de seu testemunho no dia, hora e local por ela mesma indicados, que o juiz designará dia, hora e local para o depoimento, preferencialmente na sede do juízo⁶²⁶.

Igualmente continuam necessárias a citação e a intimação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público realizadas perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial, não devendo ser exclusivamente ao referido órgão, já que os entes públicos que conhecem a controvérsia da lide⁶²⁷.

Encontra-se previsto novamente o duplo grau de jurisdição com efeito suspensivo da sentença até confirmação do Tribunal de sentença procedente em todo ou parte contra Estado ou embargos à execução fiscal, bem como a remessa necessária pelo juiz e, na ausência, a avo-

624 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 183.

625 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 454.

626 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 454.

627 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 242.

cação pelo Tribunal, o que parece ter fundamento no interesse público, mas na prática resulta em morosidade nos processos fazendários⁶²⁸.

Todavia, houve avanços com não aplicação em questões de menos de mil salários para a União, quinhentos para Estados e Distrito Federal e cem para Municípios, em sentença fundada em súmula de tribunal superior, decisão repetitiva do STF ou STJ, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência⁶²⁹.

Igualmente, manteve-se um rito específico, porém, com regras específicas, tanto para a execução contra a Fazenda Pública baseado em título judicial⁶³⁰ quanto por título extrajudicial⁶³¹, além das regras processuais especiais previstas nas Leis Federais nº 8.437/1992 e 12.016/2009 para a tutela provisória⁶³², dispensa de preparo para agravo⁶³³, entre outros.

Uma vez concedidos prazos maiores de manifestação para a Fazenda Pública, não se garante a *paridade de armas* entre ambos os sujeitos, permitindo a Administração Pública, que já possui melhor acesso às provas e a sua produção, um lapso maior de manifestação que o particular, que, muitas das vezes, depende de provas retidas em órgãos.

A concessão de prazos especiais e ritos específicos tornam o processo judicial contra a Fazenda Pública mais lento, violando o direito fundamental do cidadão de ter a celeridade e a duração

628 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 496.

629 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 496.

630 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Arts. 534 e 535.

631 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Arts. 784 e 910.

632 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 1.059.

633 BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Art. 1.007.

razoável do processo tanto judicial quanto administrativo, sendo aplicado independente de qualquer exigência de demonstração da inviabilidade pelo Estado de atuar dentro dos prazos.

Sob tal viés, cabe uma hermenêutica que à luz do princípio da interpretação conforme a constituição busque compatibilizar as regras processuais fazendárias à luz das garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal e do princípio da duração razoável do processo judicial e administrativo como garantias constitucionais que irradiam como proteção do homem e seus direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, o processo administrativo e judicial deixa de ser apenas o conjunto de atos ordenados para garantir da decisão final⁶³⁴ para se tornar um dos mais importantes instrumentos de garantia dos administrados e proteção e concretização dos seus direitos e garantias fundamentais ante a possíveis arbítrios com uso das prerrogativas públicas⁶³⁵.

Sob tal viés, opera a cláusula geral do devido processo legal com o conjunto de garantias constitucionais o instrumento para a proteção dos direitos fundamentais do administrado em face à restrição ocasionadas pelas prerrogativas públicas, de modo que tanto o processo administrativo quanto o judicial possam ser desenvolvido em respeito às finalidades perquiridas pela Administração em consonância com a Constituição.

O tema será visto a seguir.

634 CRETILLA JR., José. Op. cit., p. 44-45.

635 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de... Op. cit. p. 495.

4.5. A cláusula geral do devido processo legal e as prerrogativas administrativas: o equilíbrio com as garantias no processo administrativo

A consagração da cláusula geral do devido processo legal se liga a própria evolução histórica do constitucionalismo, uma vez que corresponde a uma das garantias processuais que buscam limitação do poder político⁶³⁶, que junto ao princípio da supremacia da lei e da separação dos poderes, traduzem os elementos de afirmação do Estado de Direito⁶³⁷.

Tendo por origem o constitucionalismo inglês⁶³⁸, tal princípio corresponde a pedra angular dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, uma vez que se liga, a concepção própria do *rule of law*, conquanto o plexo de princípios, instituições e processos que garantem a supremacia da lei, a igualdade na sua aplicação e na sujeição aos tribunais ordinários⁶³⁹.

Inicialmente, o princípio devido processo legal identificava-se com o *procedural due process of law*, à garantia do cidadão na restrição de seus direitos fundamentais básicos – essencialmente a liberdade e a propriedade – da existência de algum procedimento

636 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito Constitucional... Op. cit.. p. 5-6.

637 BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. cit. p. 250

638 Um dos primeiros documentos constitucionais, a Magna Carta Libertatum de 1215, já consagrava a cláusula do devido processo legal, ao prever que: “No free man shall be taken or imprisoned or deprived of his freehold or his liberties or free customs, or outlawed or exiled, or in any manner destroyed, nor shall we come upon him or send against him, except by legal judgment of his peers or by the law of the land”. Disponível em: <http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm> Acesso em 02.04.2015.

639 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Manual de Direito Constitucional. Tomo 1. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 30.

legal, imposto para todos, mediante a aplicação por um órgão legitimamente investido⁶⁴⁰.

Sob tal dimensão procedimental, a cláusula geral, se refere a execução do rito ou forma prescrita pela lei, para a execução do ato administrativo ou judicial, pelos órgãos responsáveis pela aplicação não se atentando, todavia, para o conteúdo ou substância do próprio ato em si.⁶⁴¹

Em tal viés importa, portanto, na garantia dos direitos fundamentais, mediante o respeito tanto ao princípio da legalidade quanto ao princípio da isonomia, pela observância da formalidade prescrita e da garantia de igual tratamento e oportunidade que goza o cidadão, através da concessão de garantias que devem ser observadas na prática dos atos processuais⁶⁴².

Tais garantias aos litigantes abrangem, essencialmente, porém, não exclusivamente, ao direito ao contraditório e a ampla defesa – acesso aos meios de deduzir defesa, de produzir e contrariar provas, de ter um defensor perante o órgão julgador – publicidade – comunicação dos atos e acesso aos autos – juiz imparcial e decisão fundamentada, dentre outros⁶⁴³.

Tal conteúdo foi amplamente consagrado no direito ocidental, com o reconhecimento do devido processo legal formal como direito fundamental veiculado pelas principais cartas constitucio-

640 SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal: due process of law. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 242.

641 SILVEIRA, Paulo Fernando. Op. cit., p. 242.

642 DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1 - introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. Ed. Bahia: Jus Podium, 2014. p. 49.

643 NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68.

nais modernas⁶⁴⁴, bem como, tal qual direito humano tutelado pelos principais diplomas veiculados no âmbito internacional⁶⁴⁵.

Embora ocorrida sua generalização nos sistemas jurídicos filiados a *civil law*, é ainda nos países filiados ao sistema anglo-saxão, que a tradicional e originária dimensão formal do devido processo legal é substituída pelo controle substantivo do ato estatal, nos Estados Unidos, a partir do caso *Wynehamer v. People*.⁶⁴⁶

A aceção material ou substantiva do devido processo legal, importa na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, mediante a aferição não somente do procedimento, mas do próprio conteúdo dos atos estatais, em análise da sua legalidade, razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder.⁶⁴⁷

Por efeito, demanda-se do ato do poder público, além da observância ao conteúdo da lei, sua aptidão de produzir o resultado almejado, sem a existência de outro menos meio gravoso e me-

644 Há sua previsão nas cartas liberais, como na Constituição Francesa de 1791, a Constituição dos Estados Unidos da América, através da sua sexta emenda em 1797, nas constituições sociais como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1949, além das constituições pós-guerra, como a Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Espanhola de 1978 e a Constituição Brasileira de 1988.

645 Há referências na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

646 O caso é de 1855 e envolve lei do Estado de Nova York, que criminalizava a posse de pequena quantidade de álcool e determinava a sua apreensão, tendo a Corte entendido haver violação do conteúdo da lei à constituição do Estado, ao privar a propriedade sem a existência de devido processo legal. HOWE, Lowell J. The Meaning of Due Process of Law Prior to the Adoption of the Fourteenth Amendment. *California Law Review*, v. 18 i. p. 600, 16, September 1930.

647 DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 49.

diante ponderação entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto⁶⁴⁸.

Permite-se através do devido processo legal substancial, não apenas a análise da observância formal ou procedimental do ato à lei vigente, mas o exame do seu conteúdo, no respeito à razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*rationality*), que devem ser dotados os atos normativos e concretos dos poderes públicos⁶⁴⁹.

Embora usualmente seja referida como umas garantias do processo judicial, em especial, do processo penal, o devido processo legal deve atuar, desse modo, como uma garantia contra o exercício abusivo de quaisquer dos poderes⁶⁵⁰, tendo plena aplicabilidade no âmbito do processo administrativo⁶⁵¹.

De tal sorte que, pode-se afirmar a existência de um *devido processo legal administrativo*⁶⁵², que impõe a observância no âmbito da relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e o cidadão, da conformidade tanto procedimental e substancial à legalidade ampla.

No Brasil, onde pós-redemocratização ocorreu o fenômeno de constitucionalização ampla, a consagração expressa da cláusula geral do devido processo legal impôs não apenas a observância procedimental da existência de um processo para a restrição das

648 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97.

649 BARROSO, Luís Roberto. p. cit. p. 214.

650 DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 45.

651 GRINOVER, Ada Pellegrini. Diligência e inspeção no processo administrativo: observações sobre o devido processo legal. Revista de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 43, v. 11, 2010. p. 357.

652 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 357.

liberdades fundamentais⁶⁵³, com suas garantias inerentes⁶⁵⁴, mas restrições de cunho substancial.⁶⁵⁵

O princípio do *due process of law* no regime constitucional vigente, atua como garantia no processo judicial e administrativo, de um conjunto de instrumentos aptos a tentar minimizar o risco de decisões arbitrárias do poder público, garantindo a proteção dos direitos fundamentais.⁶⁵⁶

Se insere no processo administrativo, garantindo que mediante uma série ordenada de atos que a prática da decisão final, seja garantida a persecução do interesse público pela Administração Pública em conformidade com a lei, bem como, a proteção do administrado contra possíveis arbítrios da autoridade⁶⁵⁷.

No âmbito administrativo, a consagração do *due process of law* no vértice procedimental e substancial, impõe que a atuação administrativa, ocorra mediante a instauração de um procedimento formal, não sujeito ao empirismo, improvisação e desvio, mas capaz de garantir a previsibilidade e a racionalidade das decisões tomadas.⁶⁵⁸

653 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 5 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

654 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 5 LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

655 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 5 LV LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

656 LIMA, Maria Rosynette Oliveira. Devido Processo Legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 18.

657 CRETELLA JUNIOR, José. Prática de Processo Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 26.

658 DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo - normas gerais. In DALLARI, Abreu Adilson. NASCIMENTO, Carlos Valder do. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 518.

Tal fenômeno consagra a chamada *jurisdicionalização do processo administrativo* no Estado de Direito, correspondendo, pois, ao princípio da legalidade a que está submetida a Administração Pública, ao lado dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ao qual deverá preceder toda e qualquer imposição de pena.⁶⁵⁹

Em consequência, não poderão as decisões públicas deixar de atentar para a aplicação de certas normas processuais a garantir os direitos fundamentais, através do *conhecimento* em geral, da *intervenção* na forma admitida e da *sindicabilidade* na sua acepção mais ampla.⁶⁶⁰

Neste contexto, lei federal estabelece a disciplina básica do processo administrativo no âmbito da Administração Pública da União, visando à proteção dos administrados e o cumprimento regular de seus fins, porém, com regras gerais, que se aplicam subsidiariamente aos demais entes federados⁶⁶¹.

Consagra-se a cláusula do *due process of law* mediante a garantia de inúmeros princípios – legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência – que enfeixam no que pode-se chamar um princípio do devido processo administrativo.

Todavia, não se limita a disciplina constitucional e da referida lei, o princípio do *due process of law* procedimental e substancial no âmbito das relações administrativas, havendo a sua previsão em outras normas, como a lei disciplinadora da organização da

659 FERREIRA, Sérgio de Andréa. A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar. Revista de Direito Público, vol. 19, 1972. p. 62.

660 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 100.

661 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 69.

Administração Pública Federal⁶⁶² e do regime jurídico dos seus servidores públicos civis⁶⁶³.

Tal regime jurídico do devido processo administrativo concede um conjunto de direitos públicos subjetivos aos cidadãos nas suas relações com a Administração Pública, como forma de garantia contra o arbítrio desmedido do poder, preservando os seus direitos fundamentais.

A cláusula constitucional do devido processo legal cuida-se de comando normativo dirigido precipuamente ao Estado, impondo inserto em um modelo de *rule of law*, a sua submissão as suas próprias regras impostas, aproximando-se na relação jurídica entre o Estado e seus administrados, por sua acepção, das ideias de segurança jurídica e de legalidade.⁶⁶⁴

Sua dinâmica na relação processual, depende do influxo normativo de movimentos de *concretizações do devido processo legal* que importam na dilação de seu conteúdo⁶⁶⁵, de forma que a definição das garantias procedimentais e substanciais têm-se em vista o modelo de Estado e a própria concepção jurídica do tema.

Na quadra histórica atual, houve a constitucionalização ampla do princípio do *due process of law*, que importa ao reconhecimento de garantias procedimentais e substanciais ao cidadão na relação jurídico-administrativa, de observância obrigatória pela Administração Pública, na imposição das restrições as liberdades fundamentais.

662 BRASIL, Decreto-Lei nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967.

663 BRASIL, Lei nº 8.112 de 11 de Dezembro de 1990.

664 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 965.

665 DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit., p. 47.

No âmbito procedimental, compreende a garantia do respeito à legalidade⁶⁶⁶, conquanto a vinculação da Administração Pública à forma, limites e fins da lei, de modo que devem ser respeitado o procedimento e normas regentes da relação processual e substancial administrativa⁶⁶⁷.

Isto significa não somente a garantia da *supremacia da lei* – com a submissão as normas constitucionais e legais aplicáveis ao processo administrativo e ao direito material – mas da *reserva de lei* – impedindo a tentativa de disciplina processual ou procedimental administrativa senão através de leis dos entes federativos⁶⁶⁸.

Ademais, importa na atribuição ao cidadão, do direito público subjetivo ao processo administrativo, ou seja, o direito de que no exercício da função administrativa, deve ser instaurado o processo administrativo, em observância a lei, de forma a garantir a proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração⁶⁶⁹.

Envolve, ainda, a garantia da segurança jurídica⁶⁷⁰, que impõe a estabilidade e previsibilidade na atuação estatal, ou seja, o respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, além das soluções adotadas pelo Estado, bem como, o conheci-

666 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Artigo 5º Caput.

667 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Princípios do Processo Administrativo. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Publico - FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, p. 5 mar. 2004.

668 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 24 inciso XI.

669 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 1 Caput e §1º.

670 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Artigo 5º inciso XXXIX.

mento prévio pelo cidadão da consequência dos atos, impedindo a ação casuística ou arbitrária do Estado.⁶⁷¹

No processo administrativo, tem aplicação no respeito à lei e ao Direito aplicável⁶⁷², a forma suficiente para garantir certeza e segurança ao administrado⁶⁷³, na vedação retroativa de nova interpretação⁶⁷⁴, a decadência de cinco anos para anulação dos atos⁶⁷⁵ e a convalidação daqueles que não acarretarem lesão ao interesse público ou a terceiros⁶⁷⁶, dentre outros.

Ademais, se liga a noção de segurança jurídica à própria idéia de legalidade, de forma a demandar o respeito ao rito legal do processo administrativo, com observância do procedimento estipulado em lei, em suas fases – instauração, produção probatória e decisão – formas dos atos e afins.

O devido processo legal, também significa, o respeito ao contraditório⁶⁷⁷, a faculdade do administrado de manifestar o seu próprio ponto de vista ou argumentos próprios, ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados pela Administração Pública ou por outrem no processo administrativo.⁶⁷⁸

671 SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Direito a Segurança in: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 488

672 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2º inciso I.

673 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2º inciso IX.

674 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2º inciso XIII.

675 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 54.

676 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 56.

677 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Artigo 5º inciso LV.

678 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 184.

Portanto, abrange o direito do administrativo de informação e de reação⁶⁷⁹, ou seja, de que a todo ato produzido no processo administrativo, deverá ter a oportunidade de conhecer, opor, dar a versão que convenha ou fornecer uma interpretação jurídica diversa da apresentada pela outra parte⁶⁸⁰.

Envolve, portanto, o direito à comunicação dos atos, a produção de provas, apresentação de alegações finais e a interposição de recursos, dentre outros, no processo administrativo contencioso, onde haja situações de litígio ou quando puder resultar aplicação de sanções ao administrado⁶⁸¹⁶⁸².

No processo disciplinar, isto importa, também, que na distribuição do ônus probatório, caberá ao administrado, fazer a contradição às provas produzidas pela Administração Pública, para a imposição de sanção, e não a necessidade de comprovar de plano, fatos apontados, mas não comprovados pelo ente público⁶⁸³.

No campo procedimental, o devido processo administrativo, envolve o direito à ampla defesa, que deverá se dar ao acusado da forma mais abrangente possível, a partir das condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos lícitos tendentes a esclarecer a verdade⁶⁸⁴.

679 LESSA, José Sebastião. O devido processo legal: a ampla defesa e o contraditório na esfera disciplinar. Fórum Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, n. 68, v.6, 2006, p. 528.

680 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives. Comentários à Constituição do Brasil. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 288-289.

681 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2 inciso X, Art. 26, §2º e 3º, Art. 32, 38, 42 e 44 dentre outros.

682 BRASIL, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Art. 153.

683 Afasta-se, portanto, a incidência da presunção iuris tanto de veracidade dos atos administrativos, para presumir verdadeira as alegações pela Administração Pública e impor ao administrado o ônus de elidí-las. O tema será desenvolvido no próximo item.

684 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives. Op. cit. p. 287.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

Envolve, a possibilidade de exercer plenamente os seus direitos no processo administrativo⁶⁸⁵, tendo vista dos autos, ciência dos atos e acesso aos documentos e decisões proferidas⁶⁸⁶, inclusive, quanto aos seus pressupostos de fato e de direito⁶⁸⁷, bem como, formular alegações e apresentar documentos sobre eles⁶⁸⁸ e ser assistido por advogado⁶⁸⁹.

É garantido, ainda, pelo direito de apresentar recursos a instâncias administrativas superiores⁶⁹⁰ e a possibilidade de propositura prévia, durante ou concomitante de processo judicial⁶⁹¹, para impedir ou fazer cessar, lesão ou ameaça de lesão a eventual direito, em razão da adoção da jurisdição una⁶⁹² e do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional⁶⁹³.

Por fim, envolve, também, a garantia da publicidade dos atos processuais⁶⁹⁴, com o dever de ampla divulgação dos atos no processo administrativo, por meios de comunicação idôneos, permitindo o acesso e controle pelo administrado, exceto quando restringidos quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem⁶⁹⁵.

685 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 3º inciso I.

686 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 3º inciso II.

687 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2º inciso VII.

688 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 3º inciso III.

689 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 3º inciso IV.

690 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 56.

691 REIS, Palhares Moreira. Processo disciplinar. 2. ed. Brasília: Consulex, 1999. p. 37.

692 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 2º e 92.

693 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 5º inciso XXXV.

694 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 5º inciso LX.

695 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Op. cit. p. 07.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

Compreende o direito à ciência da tramitação do processo administrativo⁶⁹⁶, com a comunicação sobre fatos, documentos e decisões⁶⁹⁷, intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências⁶⁹⁸, a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses constitucionais de sigilo⁶⁹⁹, dentre outros.

No campo substancial, envolve a par da restrição constitucional das motivações das decisões judiciais e administrativas dos tribunais⁷⁰⁰, o reconhecimento do dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão da Administração Pública no processo administrativo⁷⁰¹.

A garantia de motivação abrangerá determinados atos que importem restrição aos direitos fundamentais ou ao interesse público⁷⁰², e não se limita a exteriorização do motivo do ato administrativo, mas impõe junto a forma explícita, a inteligibilidade e congruência da decisão administrativa⁷⁰³.

696 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 3º II.

697 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2º inciso V.

698 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 26.

699 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2º inciso V.

700 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 93 inciso IX e X.

701 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2º inciso VII.

702 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 50º Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

703 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 50º §1º.

Assim, o devido processo administrativo substancial impõe a garantia de *racionalidade* – recondução a fundamentos racionais em coerência com os elementos fáticos e jurídicos – a *razoabilidade-proporcionalidade* – a adequação, necessidade, proporcionalidade e prudência da decisão administrativa – e *inteligibilidade* – a sua exteriorização clara.

Exerce importância nos processos disciplinar, em razão, dos casos de aplicação de sanções, dada a garantia da individualização da pena⁷⁰⁴, onde a decisão de demissão do servidor público deverá ser reconduzida a argumentos racionais, razoáveis e proporcionais, em decisão motivada e inteligível.

Trata-se de inegável garantia do servidor contra abusos de autoridade, constituindo-se ato ilegal a aplicação desproporcional de penalidade mais grave do que exigiria a infração funcional, suscetível de anulação na via administrativa ou judicial⁷⁰⁵, razão pelo qual deve-se ater a racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade na decisão administrativa.

Aponta, a doutrina também, diante da consagração do Estado Democrático de Direito, a necessidade de efetiva participação do particular nas tomadas de decisão da Administração Pública, principalmente nos casos em que o cidadão sofre grave risco de ser sancionado, como tais processos de demissão⁷⁰⁶.

A motivação ocorrerá além da decisão de mérito final, na adoção de providências acauteladoras sem a prévia manifestação

704 LESSA, José Sebastião. Op. cit. p. 529.

705 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 984.

706 FREYRE, Simone Garcia Pena de Mello; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A efetividade do devido processo legal nos processos administrativos de infrações de trânsito. Fórum Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, n. 163, v. 14, 2014. p. 62.

do interessado, em caso de risco eminente⁷⁰⁷, na manifestação de terceiros quando houver assunto de interesse geral⁷⁰⁸, na avocação temporária de competência atribuída a órgão inferior⁷⁰⁹ e na prorrogação do prazo para decisão final⁷¹⁰.

Além da motivação, demanda o princípio do devido processo administrativo, a duração razoável do processo⁷¹¹, a saber, a garantia da celeridade na tramitação e eficiência da cognição, tendo em vista o caráter instrumental necessário à realização de direitos fundamentais do cidadão.⁷¹²

Importa na impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados⁷¹³, o dever da Administração Pública de decidir em até trinta dias após a conclusão da instrução probatória⁷¹⁴, o trâmite do recurso administrativo em até no máximo três instâncias administrativas⁷¹⁵ e sua decisão em até trinta dias⁷¹⁶, dentre outros.

Por fim, o direito ao devido processo administrativo substancial, a garantia do direito de prova, ou seja, o poder de usar os meios probatórios relevantes à defesa e a não admissão de barrei-

707 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 45.

708 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 31.

709 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 15.

710 BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 49.

711 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 5º inciso LXXVIII.

712 SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo Judicial e Administrativo. Revista da EMERJ, v.3, n.10, 2000. p. 121-122.

713 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2 inciso XII.

714 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 49.

715 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 57.

716 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 59 §1º.

ras processuais que impeçam ou tornem dificultoso o exercício do poder de agir em toda sua extensão⁷¹⁷, exceto, quanto a vedação constitucional das provas ilícitas⁷¹⁸.

Abrange o amplo direito do administrado à produção de provas⁷¹⁹, desde que não contrárias ao Direito⁷²⁰, isto inclui, o direito ao acesso as provas produzidas por terceiros se não gerarem prejuízo ao interessado⁷²¹, que estão nos órgãos competentes⁷²², diligências e perícias necessárias⁷²³, intimações a prestação de informações ou provas⁷²⁴, dentre outras.

Tais garantias do administrado no processo judicial e administrativo são extensíveis a par de previsão normativa ao inquérito ou processo disciplinar⁷²⁵, onde devido a gravidade das sanções administrativas, deve-se adotar hermenêutica capaz de preservar a cláusula do devido processo legal como última *ratio* no processo administrativo de garantia do cidadão.

É cediço, que as prerrogativas públicas são decorrentes do regime jurídico de direito público, que impõe uma disciplina normativa derogatória e exorbitante ao direito comum, com a con-

717 FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Op. cit., p. 585.

718 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de Outubro de 1988. Art. 5º inciso LVI.

719 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 2 inciso X.

720 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 30.

721 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 31 e 32.

722 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 36 e 37.

723 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 38.

724 BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Art. 39.

725 LESSA, José Sebastião. O devido processo legal. Op. cit. p. 758.

cessão de alguns privilégios, na medida em que se demonstrem necessárias para que alcance os seus fins⁷²⁶.

No âmbito da função administrativa, o regime jurídico público dota-se a Administração Pública de faculdades singulares, que garantem a sua supremacia em relação ao particular, na persecução da finalidade pública⁷²⁷, buscando conformá-la e dotá-la de forma hábil e adequada para o eficiente cumprimento de tais tarefas públicas⁷²⁸.

No processo judicial, abrange, as prerrogativas da Administração Pública em juízo como os prazos diferenciados para recurso ou contestação⁷²⁹, o duplo grau de jurisdição obrigatório⁷³⁰, a dispensa do preparo recursal⁷³¹, além de outros previstos em normas processuais, que colocam o administrado em posição desigual, violando a isonomia⁷³².

No campo do processo administrativo, compreende a prerrogativa de presunção relativa de veracidade dos fatos e legitimidade dos atos da Administração Pública, que importa na imediata operatividade do ato administrativo e inversão do ônus da prova em caso de impugnação para o administrado.⁷³³

Note, porém, que no processo administrativo, em razão do devido processo legal, cabe a Administração Pública demonstrar os fatos que ensejaram sua atuação, sob pena de imposição de pro-

726 GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais...* Op. cit. p. 122.

727 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...* Op. cit. p. 66.

728 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 397.

729 BRASIL, Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Arts. 188 e 277.

730 BRASIL, Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Art. 475 do Código de Processo Civil.

731 BRASIL, Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Art. 511 do Código de Processo Civil.

732 A cláusula de igualdade constitui exatamente uma negação de prerrogativas desiguais e, portanto, ensejam prudência na aplicação das prerrogativas. BRAMANTE, Ivani Contini. *Op. cit.* p. 368-369.

733 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 142.

va ao cidadão de impossível realização – a chamada prova diabólica – o que não coaduna com um processo efetivo, que reconhece os direitos do administrado.⁷³⁴

Isto decorre da própria distribuição do ônus probatório entre as partes conflitantes, onde cabe cada qual produzir não apenas as provas que as beneficie, mas aquelas relativas aos atos que praticou, de forma que, é a Administração quem detém a comprovação de todos os fatos que culminaram com a emanação do provimento administrativo contestado.⁷³⁵

Assim, por exemplo, a presunção de legitimidade do ato administrativo não desonera o ônus de prova da Administração Pública, pois embora caiba ao impugnante demonstrar os fatos que fundamentam sua pretensão, a mesma deve trazer provas que sustentem o seu ato sob pena de requisição para prestar informações.⁷³⁶

A necessidade simultânea de alegação e prova da ilegitimidade do ato administrativo pelo impugnante, também, se demonstra inexata, pelo qual a exigência da prova somente pode resultar quando a ilegitimidade do ato dependa de situação de fato que este conheça, mas não seja claramente conhecida.⁷³⁷

Neste tocante, tratando-se da prova negativa, aquela onde cabe ao impugnado a demonstração da inocorrência da situação de fato, torna-se quase patente a impossibilidade de aplicação da presunção de veracidade e legitimidade, com a sujeição deste *onus probandi* ao impugnante.

734 ARAGÃO, Alexandre de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 259, p. 78, jan./abr. 2012.

735 FIGUEIREDO Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 171.

736 GORDILLO, Agustín. Op. cit. p. V-22.

737 GORDILLO, Agustín. Op. cit. V-22.

Em outro, se adéqua a ordem constitucional, em específico, no que tange ao princípio da presunção de culpa, que enquanto corolário do princípio do devido processo legal, impõe ao órgão acusador, o ônus substancial de produção da prova da ilicitude alegada, o que impede a aplicação de presunção, se não em favor do cidadão.⁷³⁸

Assim, o contraditório em seu componente isonômico, afasta a validade de privilégios ou presunções em favor das declarações de agentes estatais em processos sancionadores, exigindo equilíbrio e imparcialidade nesses procedimentos, devendo, portanto, ser rejeitadas sanções baseadas em presunção de veracidade.⁷³⁹

Outra prerrogativa administrativa, aplicável ao processo administrativo, é a autoexecutoriedade, que é a força executória e aptidão reconhecida à Administração Pública, de deflagrar a aplicação de modo direto, imediato e concreto atos administrativos, com seus próprios meios executivos⁷⁴⁰.

Há de se admitir a possibilidade de suspensão da autoexecutoriedade no âmbito do processo administrativo, em razão da existência de nulidade de algum de seus atos, bem como, do dano ou possível ameaça, decorrente da sua aplicabilidade⁷⁴¹, evitando-se assim lesões aos direitos fundamentais ou aos interesses públicos envolvidos.

Ademais, não há óbice para seja atribuído efeito suspensivo ao ato administrativo em sede de recurso, pela autoridade competente se motivado e presente as razões de interesse público⁷⁴², tal qual no

738 ARAGÃO, Alexandre. Algumas notas... Op. cit. p. 4

739 GUEDES, Demian. Op. cit. p. 303.

740 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 102 e 143.

741 CASSAGNE, Juan Carlos. Efectos de la interposición del recurso y la suspensión de efectos de los actos administrativos. Revista Direito Administrativo. vol. 194. Rio de Janeiro, out.dez., 1993. p. 21.

742 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 348.

processo judicial, presente os requisitos legais, visto a irreparabilidade do dano que seus efeitos podem causar⁷⁴³.

Isto porque embora admita-se a auto-executoriedade no processo administrativo, se sujeita a exceções, como a existência de vedação legal explícita ou implícita, bem como, as situações que importem em risco a interesses públicos – segurança, serviço público e outros – o que demanda a participação da parte envolvida, em respeito ao devido processo legal.⁷⁴⁴

Por efeito, embora tais atos sejam dotados do *privilège du préalable* – da possibilidade da Administração tomar decisões executórias – nem todos possuem a *privilège d'action d'office* – faculdade de realizar a sua execução forçada – o que ocorre apenas diante de lei autorizativa ou medida urgente, sujeito ao devido processo legal prévio ou posterior.⁷⁴⁵

Sob tal viés, se adéqua a ordem jurídico-constitucional vigente, onde epicentro do sistema se deslocou para o homem e seus direitos⁷⁴⁶, de forma que junto as prerrogativas públicas, projetam-se da ordem constitucional garantias públicas, como o devido processo administrativo, ao qual deve ser alinhados no caso concreto permitindo o equilíbrio.

743 BRASIL, Lei Federal nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999. Art. 61.

744 ARAGÃO, Alexandre. Curso de... Op. cit. p. 98.

745 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 128.

746 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 371.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. Malheiros: São Paulo, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. vol. 1 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. Direito Administrativo e a sua Justiça no início do século XXI. Coimbra, Almedina, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 259, p. 78, jan./abr. 2012.

ARROW, Kenneth. Social Choices and Individual Values. New York: John Wiley and Sons, 1951.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008.

_____. Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. p. 37. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Dez Anos da Constituição Brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo nº 214.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo in: QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. Direito Constitucional Brasileiro: Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil in: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Orgs). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives. Comentários à Constituição do Brasil. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2004,

BATBIE, Anselme Polycarpe. *Traité de Droit Public Et Administratif*. Paris: Cotillor, Libraire du Conseil d'État, 1862.

BERNHARD, Regina. El Derecho Administrativo en Países de América del Sur: Coincide la teoría con la realidad? Comparación y evaluación de diferentes sistemas. *Anuario de derecho constitucional latino-americano*, Fundación Konrad Adenauer, Berlín, a. 14, p. 441-471, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Direitos Humanos e Democracia como Fundamentos de Legitimidade e Elementos Estruturantes da Dogmática Administrativa* in NALINI, José Renato. CARLINI, Angélica (Coord). *Direitos Humanos e Formação Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____; CYRINO, André Rodrigues. Entre Política e Expertise: A Repartição de Competência Entre o Governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações in: *Revista Brasileira de Direito Público* n. 21. 2008.

BRAGA, Pedro. *Ética, Direito e Administração Pública*. 2 ed. rev. e atual. Brasília: Senado Federal, 2006.

BRAMANTE, Ivani Contini. Prerrogativas processuais da fazenda pública e princípio da isonomia. *Revista de Processo*. n. 117, v. 29, 2004, p. 368-369.

BRAS, Gabriel Le. Les origines canoniques du droit administratif in: L'évolution du droit public. Paris: Etudes Mestres, 1956.

BRITTO, Carlos Ayres. Direitos subjetivos e prerrogativas constitucionais. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, n. 2, v. 1, p. 48-50, 1992.

BRITO, Mariano. Perspectiva del Derecho Administrativo en el siglo XXI in: RUIZ, Jorge Fernández. Perspectiva del Derecho Administrativo en el siglo XXI: Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

BRUNA, Sérgio Varella. Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. Ideologias e poder em crise. Brasília: Editora UNB, 1988.

_____. O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1992.

_____. Liberalismo e Democracia. 6 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONNARD, Roger. Précis de Droit Administratif. Partie Générale. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1935.

BUCHANAN, James M. Tullock, G. The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy. Michigan: University of Michigan Press, 1962.

BUCHANAN, James M. Public Choice: Politics Without Romance. Disponível em <http://www.cis.org.au/policy/spr03/polspr03-2.htm> acesso em 10.01.2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUJÁN, Antonio Fernández de. Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano em Europa. 5 ed. Madri: Civitas, 2000.

BURDEAU, François. Historie du droit administratif: de la Révolution au début des années. Presses Universitaires de France. Paris: PUF, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CALERA, Nicolás López. El Interés Publico: Entre la Ideología y El Derecho. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 44, p. 129, 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. Manual de Direito Constitucional. Tomo 1. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. 1 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito Administrativo e Administração Pública. 17 ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, t. 3, 2006.

_____. Efectos de la interposición del recurso y la suspensión de efectos de los actos administrativos. Revista Direito Administrativo. vol. 194. Rio de Janeiro, out.dez., 1993.

CASSESE, Sabino. Las Bases del Derecho Administrativo. Madrid: Ministério Para Las Administraciones Publicas, 1994.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio Sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, Flávia Lage de. História do Direito Geral e do Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHEVALLIER, Jacques; LOSCHAK, Danièle. Science Administrative. Tome 1. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1978.

_____. Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel in: Le Droit Administratif en Mutation. Paris: Centre Universitaire de Recherches Administratives Et Politiques de Picardie, 1993.

_____. Le droit administratif, droit de privilège?. Revue Française d'études constitutionnelles et politiques. n. 46. p. 57. Set/1988.

CRETELLA JUNIOR, José. História do Direito Administrativo in: FRANÇA, Ricardo Limongi (Coord). Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 41. São Paulo: Saraiva, 1980.

CRETELLA JUNIOR, José. Dicionário de Direito Administrativo. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.

_____. Os Cânones do Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 25, n. 97, p. 23, jan/mar. 1988.

_____. Direito Administrativo Comparado. Forense: Rio de Janeiro, 1990.

_____. Prática de Processo Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COUTINHO, José Roberto de Andrade. Gestão Patrimonial na Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. A juridicização da discricionariedade administrativa. Salvador: Vercia, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo - normas gerais. In DALLARI, Abreu Adilson. NASCIMENTO, Carlos Valder do. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Tratado de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAROCA, Eva Desdentado. Los Problemas del Control Judicial de La Discrecionalidad Técnica. Madrid: Civitas, 1997.

DEBBASCH, Charles. Science Administrative. Paris: Dalloz, 1971.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo in: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Do Direito privado na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. Da Discricionariedade Administrativa. São Paulo: Atlas, 1990.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

_____. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Participação Popular na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo n. 191 jan/mar 2003.

_____. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. n. 9 – Fevereiro/março/Abril 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1 - introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. Ed. Bahia: Jus Podium, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de. NOVELINO, Marcelo. As Novas Faces do Ativismo Judicial. São Paulo: Jus Podvim, 2011.

DICEY, A. V. Introduction a L'Étude du Droit Constitutionnel. Paris: V. Giard and E. Brière Libraires-Éditeurs, 1902.

DOWNS, Anthony. An Economic Theory of Democracy. New York: Harper & Bros, 1957.

DROMI, Roberto. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

DUBY, Georges. Poder Privado, Poder Público in DUBY, Georges (Org). História da Vida Privada: Da Europa feudal a Renascença. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DUEZ, Paul; DEBEYRE, Guy. *Traité de Droit Administratif*. Paris: Librairie Dalloz, 1952.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Lucha contra las inmunidades del Poder em el derecho administrativo: Poderes discrecionales, poderes de gobinerno, poderes normativos*. Madrid: Civitas Ediciones, 1983.

_____. Los ciudadanos y la administracion: nuevas tendências en derecho espanhol. *Revista de Direito Público*, v. 22, n. 89, p. 12, 1989.

_____. *Democracia, Jueces Y Control de La Administración*. Madrid: Thomson Civitas, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*. *Revista Internacional de Filosofía Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, 2001.

FIGUEIREDO Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Op. cit., p. 585.

FRANCO JUNIOR, Hilário. A Idade Média: Nascimento do Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 2001.

FRANÇA. Loi du 28 Pluviôse Na VIII. Acesso em: http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/45/Annexe.pdf_4a0d2b2344d22/Annexe.pdf Disponível em 08.12.2016.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Comentários à Constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

_____. A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar. Revista de Direito Público, vol. 19, 1972.

FOIGNET, René. Manuel Élémentaire de Droit Administratif. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1898.

FREYRE, Simone Garcia Pena de Mello; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A efetividade do devido processo legal nos processos administrativos de infrações de trânsito. Fórum Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, n. 163, v. 14, 2014.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4 ed. refundida e ampliada. Malheiros: São Paulo, 2009.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

FREITAS, Justino Antonio de. Ensaio sobre as instituições de Direito Administrativo Portuguez. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1859.

GASCÓN Y MARIN, José. Dessarolo Historico Del Derecho Administrativo. Revista de Administración Pública. Instituto Nacional de Administracion Publica. p. 37. novembro/1982.

GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano in: GUASTINI, Riccardo. Estudios de Teoría Constitucional. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2001.

GUERRA, Sergio Antônio Silva. Discricionariade Técnica e Agências Reguladoras in: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord). Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GERVASO, Roberto; MONTANELLI, Indro. Historia de la Edad Media. Traducción de Francisco J. Alcántara. Espanha: Random House Mondadori, 2002.

GIANNINI, Massimo Severo. Derecho administrativo. Tradução de Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración, Pública 1991.

GIL, José Luis Meilán. Intereses Generales e Intéres Público Desde la perspectiva Del Derecho Público Español, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, Fórum, ano 10, v. 40, abr-jun 2010.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras in: Revista dos Tribunais, n 747, 1998

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 8. 1ª edición. Buenos Aires: FDA, 2013.

_____. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Después de La Reforma Del Estado. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996.

_____. La Administración Paralela. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1988.

_____. Princípios gerais de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977

GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Evolución y negación del derecho subjetivo. In Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado Colombia n. 05, p.25 jan./jun. 2011. Disponível: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952/2596>. Acesso: 25 de Abril de 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Diligência e inspeção no processo administrativo: observações sobre o devido processo legal. Revista de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 43, v. 11, 2010.

HARBELE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma in: HARBELE, Peter. Estudios sobre la jurisdiccional constitucional. México: Porrúa, 2005.

_____. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal in: SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2 ed rev. e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris: Librairie de La Societé de Recueil Sirey, 1921.

_____. La Jurisprudence Administrative. Tome Premier. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1929.

HELLER, Hermann. Teoría del estado. 1. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1942.

HERRERA, Posada de. Lecciones de Administración. vol I. Madrid: Est. Tip. Calle del Sordo, 1845. p. 18.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. Concepto y Cualidad de La Constitucion in: Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: CEC. 1983.

HOWE, Lowell J. The Meaning of Due Process of Law Prior to the Adoption of the Fourteenth Amendment. California Law Review, v. 18 i. p. 600, 16, September 1930.

JEANNEAU. Benoît. Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative. Paris: Éditions Du Recueil Sirey, 1954.

JEZÉ, Gaston. Los Principios Generales del Derecho Administrativo. Traducción de la segunda edición francesa de Carlos Garcia Oviedo. Madrid: Editorial Reus, 1928.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

JUNGSTED, Luiz Oliveira Castro. Direito Administrativo: Estado Gerencial Brasileiro. Niterói: Impetus, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8 ed rev. Ampla e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O Direito Administrativo de Espetáculo. Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n 100 p. 150-152. jun. 2009

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LASSALE, Ferdinand. Que é Uma Constituição?. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LAUBADÈRE, André de. Traité Élémentaire de Droit Administratif. 10 ed. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1957.

LEAL, Rogério. O Controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, n. 13, jul/set 2003.

_____. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: _____; Araujo, Luiz Ernani Boresso. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

LESSA, José Sebastião. O devido processo legal: a ampla defesa e o contraditório na esfera disciplinar. Fórum Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, n. 68, v.6, 2006.

LEWIS, Carol W. In Pursuit of the Public Interest, Public Administration Review, Set Out 2006

LIPPMAN, Walter. Public Opinion. New York: Harcourt Brace, 1922.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

LIMA, Maria Rosynette Oliveira. Devido Processo Legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LOCHAK, Danièle. Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire? Revue Française d'études constitutionnelles et politiques. n. 46. p. 44 e 54-55. set/1988.

MACHADO, João Baptista. Participação e Descentralização: Democratização e Neutralidade na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 1982.

MALEZIEUX, Raymond. Manuel de Droit Administratif. Paris: Éditions Cujas, 1954

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). Direito Administrativo Econômico. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A superação do ato administrativo autista in: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org). Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Princípios do Processo Administrativo. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Publico - FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, p. 5 mar. 2004

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e o seu Ressurgimento no Final da Idade Média in: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Transparência Administrativa: Publicidade, Motivação e Participação Popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. El Derecho Administrativo entre Legalidad e Derechos Fundamentales. Revista de Derecho. Universidad de Montevideo. Año XII. n. 12. p. 133. 2012.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido processo legal e proteção de direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAYER, Otto. Derecho Administrativo Aleman. Vol 1. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. 2 ed. rev atual e ampla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. As prerrogativas do Ato Administrativo na Republica Federativa do Brasil, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica n 3. Dec. 2012.

_____. Forte Presença do Direito Administrativo in: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, marcos Juruena Villela. Direito

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Direito Administrativo Moderno. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Fernanda e OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil in Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro. jul/ago 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor metodológico. Revista de Direito Público, v. 1, n. 2, p. 45-47, out./dez., 1967.

_____. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. vol 1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. Consulta Popular e Audiência Pública: Por um Processo Administrativo Federal Dialogado in Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. 2012. Uberlândia. Minas Gerais.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade na Alemanha: A Declaração de Nulidade da Lei Inconstitucional, a Interpretação Conforme à Constituição e a Declaração de Constitucionalidade da Lei na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã in: Revista de Direito Administrativo, nº 193, 1993

_____. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 3 ed. Rev e ampla. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Orgs.). A Constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MERKL, Adolf. Teoria general del derecho administrativo. México: Editora Nacional, 1980.

MEYNAUD, Jean. Problemas Ideologicos Del Siglo XX. Barcelona: Ariel, 1964

MILESKI, Helio Saul. Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial. Interesse Público n. 36 mai/abr 2006.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. 6 ed. rev e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

_____. Os Direitos Fundamentais: Sua Dimensão Individual e Social. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 1, p. 202, out/dez 1992.

MORAES, Alexandre de. Reforma Administrativa. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro in: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord). Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós Moderno: Legitimidade: Finalidade: Eficiência: Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Mutações do Direito Administrativo. 2 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Mutações do Direito Público. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

_____. Legitimidade e Discricionariedade. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

_____. As Categorias de Interesse na Constituição de 1988 in Revista Forense, n. 307, v. 85, p. 14, 1989.

_____. Direito da Participação Política. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El Interés General como Categoría Central de la Actuación de Las Administraciones Públicas, Actualidad Administrativa, Editorial La Ley, n. 8 abr/2010.

MUNÓZ, Jaimen Rodríguez Arana. La Vuelta ao Derecho Administrativo: A Vuelta con lo privado y lo público. Revista Andaluza de Administración Pública, Universidad de Sevilla, p. 44, jan/fev/mar de 2005.

MONT'ALVERNE, Marcelo de Miranda. Vigência e eficácia da Lei de Responsabilidade Fiscal no âmbito Federal. Anais do XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza. 2005.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Agências, Expertise e Profissionalismo. O Paradigma da Técnica na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, v. 254, p. 67-94, 2011.

_____. Políticas Públicas, Controle Social e Orçamento Participativo. Revista de Direito Tributário (São Paulo), v. 114, p. 154-182, 2011..

_____. Neoconstitucionalismo, Constitucionalização e Direito Administrativo. Fórum Administrativo, v. 18, p. 2016, 2016.

_____. Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 77, p. 131-184, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões Críticas Acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Org). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências. *Boletim de Direito Administrativo*. Editora Nova Dimensão Jurídica. Ano XXI. n. 11. Novembro/2005

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização do Direito Administrativo*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Discricionariedade e Razoabilidade. *Revista Eletrônica de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. A Efetividade dos princípios do Direito Administrativo no Exercício da Tutela Jurisdicional in: OSÓRIO, Fábio medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

PEREZ, Antônio E. Luno. Los Derechos Fundamentales. Madrid. Ed. Tecnos. 1995.

PERNOUD, Régine. Luz Sobre a Idade Média. Portugal: Publicações Europa-America, 1997.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo Pinto. Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito in WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PUGET, Henry. Les Institutions Administratives Étrangères. Paris: Dalloz, 1969.

REIS, Palhares Moreira. Processo disciplinar. 2. ed. Brasília: Consulex, 1999.

RIBAS, Antônio Joaquim. Direito Administrativo Brasileiro: Noções Preliminares. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C. Livreiros Editores, 1866.

RIVERO, Jean. Droit Administratif. 3 ed. Paris: Dalloz, 1965.

_____. Le critère du droit administratif. Revue de Droit Henri Capitant p. 2. nº 5 dez/2012.

RIKER, William H. Liberalism against Populism: A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social. San Francisco: W.H. Freeman, 1982.

ROLLAND, Louis. Précis de Droit Administratif. Paris: Librairie Dalloz, 1947.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

SANCHÍS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial in CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo(s). 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. Sobre el Neoconstitucionalismo y Sus Implicaciones in: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10 ed. rev atual e ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades in: SARMENTO, Daniel (Coord). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. 1 ed. Alianza Editorial S.A.: Madrid, 1982.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 1996.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo Judicial e Administrativo. Revista da EMERJ, v.3, n.10, 2000

_____. Em busca do Acto Administrativo Permitido. Coimbra: Almedina, 1998.

SOUZA, José Pedro Galvão de. O Estado Tecnocrático. São Paulo: Saraiva, 1973.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

SOUZA, Raquel de. O Direito Grego Antigo in WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio pereira. Jurisdição, Democracia e Racionalidade Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

_____. Direito a Segurança in: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários à Constituição do Brasil. Saraiva: São Paulo, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações. 4 ed rev, atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Agências Reguladoras. Revista de Direito Administrativo n. 216.

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse Público em sentido mínimo e em sentido forte. Interesse Público. n. 28, v. 5, p. 31, 2004.

SYLVIO, Roméro. Compêndio de História Geral do Direito. Pernambuco: Ramiro M. Costa & C, 1898.

SCHIER, Adriana da Costa R. A Participação popular na administração pública: o direito de reclamação. São Paulo: Renovar, 2002.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

SCHUMPTER, Joseph. Capitalism, Socialism and Democracy. New York: Harper and Row, 1943.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal: due process of law. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STUMM, Raquel Denize. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SPINK, Peter; TEIXEIRA, Marco Antonio. A Disponibilidade de Ser Controlado: O Controle Social da Administração Pública in: GUEDES, Álvaro Martins; Fonseca Francisco (Org.) Controle Social da Administração Pública: Cenário, Avanços e Dilemas no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

TACITO, Caio. Bases Constitucionais do Direito Administrativo. Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 81, p. 166, 1986.

_____. Proteção dos Direitos Fundamentais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 194, p.1-2 out/dez 1993.

_____. O Abuso de Poder Administrativo no Brasil. Rio de Janeiro: Depto. Adm. do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Adm, 1959.

_____. A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, n. 215. p. 1, jan/mar 1998.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil in: TEPEDINO, Gustavo (Org). Temas de Direito Civil. Vol 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMSIT, Gérard. Le Role de La Notion de Fonction Administrative em Droit Administratif Français. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1963.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TROTABAS, Louis. Manuel de Droit Public Et Adminsitratif. Ano 1. 6ª edição. Paris: Labrairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1948.

TULLOCK, Gordon. Government Failure: A Primer in Public Choice. Washington: Cato Institute, 2002.

VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. Droit Administratif. vol 1. Paris: Presses Unviersitaires de France, 1992.

VERDU, Pablo Lucas. Curso de derecho político. 2. ed. rev. Madrid: Editorial Tecnos, 1972.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio Sobre Os Limites Materiais Ao Poder de Reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VINCENT, François. Le Pouvoir de Décision Unilatérale des Autorités Administratives. Paris: Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1966.

Regime Administrativo Brasileiro e Constituição Federal de 1988
Emerson Affonso da Costa Moura

VITAL, Moreira. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional in: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ZAGRELBESKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: Leys, Derechos, Justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

WALINE, Marcel. Manuel Élémentaire de Droti Administratif. 4ed. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1946.

WEBER, Max. The Theory of Social and Economic Organization. Nova York: Oxford University Press, 1957.

WEIL, Prosper. O Direito Administrativo. Tradução de Maria da Gloria Ferreira Pinto. Coimbra: Almedia, 1977.

WIGNY, Pierre. Droit Administratif. Principes Généraux. Bruxelles: Editions Bruylant, 1962.