



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

LUIZ CARLOS QUINTELLA NETO

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE RESULTADOS
EVOLUÇÃO, PROCEDIMENTO, PRINCÍPIOS ORIENTADORES E
CONTROLE**

Lisboa
2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE RESULTADOS
EVOLUÇÃO, PROCEDIMENTO, PRINCÍPIOS ORIENTADORES E
CONTROLE**

Dissertação apresentada como requisito do programa de Mestrado Bolonha em Direito e Ciência Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Luiz Carlos Quintella Neto

Lisboa

Outubro 2019

RESUMO

O trabalho de pesquisa que se apresenta visa a análise da Administração Pública de resultados, que se forma nos dias atuais, voltada a uma atuação eficiente, eficaz e democrática. Serão buscadas as principais características que a definem e as reformas necessárias em trânsito no Direito Administrativo para torna-la viável. Os focos serão na evolução histórica que leva à Administração Pública de resultados, como procede essa nova Administração, os princípios que a orientam e como é possível controla-la através do Judiciário.

Palavras-chave: Administração Pública de resultados; eficiência; democracia; discricionariedade; princípios jurídicos.

SUMMARY

The research that is presented aims the analysis of the Public Administration of results, which is formed in the current days, focused on an efficient, effective and democratic performance. The main characteristics that define it and the necessary reforms in transit in the Administrative Law to make it viable will be investigated. The focus will be on the historical evolution that leads to the Public Administration of results, how this new Administration proceeds, the principles that guide it and how it is possible to control it by the Courts.

Key-words: Public Administration of results; efficiency; democracy; discretion; principles.

SUMÁRIO

1.	NOTAS INTRODUTÓRIAS	7
2	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GESTÃO DA COISA PÚBLICA: ORIGEM E EVOLUÇÃO	11
2.1.	O PATRIMONIALISMO	13
2.2.	O ESTADO LIBERAL E A BUROCRACIA	15
2.3.	A ASCENSÃO DO ESTADO SOCIAL E A “CRISE” DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA	19
2.4.	O ESTADO CONTEMPORÂNEO E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	23
3	O PROCEDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE A VINCULAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE	28
3.1.	LIBERALISMO: GÊNESE E APOGEU DA LEGALIDADE	28
3.1.1.	As escolhas administrativas no estado liberal	31
3.2.	O ESTADO SOCIAL: MUTAÇÃO E CRISE DA LEGALIDADE	32
3.3.	A ABERTURA REGULAMENTATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	36
3.4.	O NÚCLEO DE ESSENCIALIDADE	39
3.5.	UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VINCULADA AO DIREITO	41
4.	A LIBERDADE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	45
4.1.	DISCRICIONARIEDADE: A CONSEQUENTE NECESSIDADE DE REVISÃO CONCEITUAL	
4.1.1.	A mitigação da liberdade de escolha	
4.1.2.	A questão do mérito	
4.2.	OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	
4.3.	DEVER DE MOTIVAÇÃO	
5.	PRINCÍPIOS ORIENTADORES: CONSIDERAÇÕES GERAIS E	

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

5.1. AS NORMAS PRINCÍPIOS: BREVES COMENTÁRIOS

5.2. EM ESPECIAL: EFICIÊNCIA

5.2.1. Conteúdo jurídico

5.2.2. Deveres Correlatos

6. PRINCÍPIOS ORIENTADORES: PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PARTICIPAÇÃO

6.1. PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

6.1.1. A Origem Controversa do Interesse Público Enquanto Princípio da Administração Pública

6.1.2. A Prossecução do Interesse Público e os Direitos Fundamentais

6.1.3. A Sociedade Plural e os Interesses Públicos

6.1.4. A prossecução do Interesse Público e a Proporcionalidade

6.2. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

6.2.1. Condições de Aplicabilidade

6.2.1.1. Base da Confiança

6.2.1.2. Confiança

6.2.1.3. Exercício da Confiança

6.2.1.4. Frustração da Confiança

6.3. PARTICIPAÇÃO

6.3.1. Contexto Histórico

6.3.2. A Participação como Instrumento Democratizante e de Aperfeiçoamento das Decisões Estatais

6.3.3. A Concretização da Participação

6.3.4. Refutação às Críticas à Participação

7. CONTROLE JURISDICIONAL

7.1. INTENSIDADE DO CONTROLE

7.1.1. Separação dos Poderes

7.1.2. Legitimidade Democrática

7.1.3.	Conhecimento Técnico	
7.1.4.	Por um Controle Jurisdicional Adequado	
7.2.	O CONTROLE POR PRINCÍPIOS	
7.2.1.	Controle Jurisdicional Negativo	
7.2.2.	Controle Jurisdicional Positivo	
8.	CONCLUSÃO	54
	REFERÊNCIAS	56

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente estudo visa a investigar a Administração Pública que se forma na atualidade, à qual se nomeou “Administração Pública de resultados”, como a denominava Diogo de Figueiredo Moreira Neto. O professor brasileiro, que veio a falecer no curso deste trabalho de pesquisa, tinha como característica a sobriedade com a qual enxergava as mudanças no Direito Administrativo no século XXI, conseguindo, sem suas obras, desprender-se e superar como poucos as bases clássicas vigentes ao tempo de sua formação.

Pois bem. A hipótese que propulsionará as investigações realizadas aos longos dos próximos capítulos é a existência de um vetor reformador das Administrações Públicas no sentido de torna-la apta a produzir resultados, a ser efetiva na realização de seus misteres, os quais, em última instância, prosseguem o interesse público. Trata-se de reforma que visa a corrigir a estagnação das funções administrativas do Estado, que necessitam adequar-se à complexidade do mundo atual.

Com efeito, o século XXI, ainda em seu início, se mostra marcado por uma realidade social, cultural e econômica plural, dinâmica, cambiante. As informações se propagam cada vez mais velozmente, as tecnologias avançando em proporções sempre crescentes, as necessidades humanas em constantes mudanças. Não pode a Administração se fechar à realidade social, se voltando a um ostracismo autorreferenciado, sem revisitar suas bases ideológicas, sem se abrir às mudanças, à sociedade, à nova realidade, sem reformar-se, sob pena de tornar-se inútil, incapaz de realizar. Assim, são marcas das reformas atuais a ampliação da eficiência e da democracia na gestão pública, em busca, não só de resultados, mas dos melhores, legítimos, eficazes.

Em meio a essas reformas, como não poderia deixar de ser, também o Direito Administrativo necessita ser revisitado criticamente e evoluir para conceder as bases e instrumentos jurídicos necessários para a efetivação da Administração Pública de resultados. É um movimento que se vê iniciar, sobretudo, na Doutrina e que progressivamente tem se refletido em normas positivadas do ordenamento jurídico. Como de conhecimento dos operadores do Direito, esse sempre está aquém das mudanças da sociedade à que serve, não conseguindo evoluir na mesma

velocidade, o que não o isenta de observar a realidade que se lhe apresenta e tentar adequar-se a ela.

Pois bem, é a Administração Pública atual e o Direito Administrativo que a rege que compõem o objeto central destes estudos. Para realização dos objetivos pretendidos, serão analisados alguns ordenamentos administrativos, sobretudo de tradição europeia-continental, a fim de obter-se uma noção geral de traços comuns que possuem indicativos da implementação de uma Administração Pública de resultados. Assim, serão realizadas observações e anotações obtidas da análise lições doutrinárias, normas jurídicas, instrumentos e institutos de Estados como a França, Espanha, Itália e, sobretudo, Portugal (país em que o autor realiza o Mestrado no e para o qual se realiza o presente trabalho de pesquisa) e Brasil (país de origem do autor da pesquisa).

Para melhor conhecer a Administração Pública e o modelo de gestão que se forma atualmente, finalisticamente orientado, importante se fazer conhecer os eventos que a antecederam e que nela culminaram. Aposta-se no entendimento de que a melhor forma de compreender o presente é olhando para o passado. Assim, serão revisitas as principais características dos modelos de gestão pública e os fatos e bases ideológicas que os influenciaram a ser daquela forma, em um recorte prioritário formulado desde a sociedade pós revoluções burguesas até os dias atuais. Por assim ser, a primeira parte da pesquisa volta-se ao regaste histórico do caminho percorrido pela Administração Pública, as sucessivas reformas por ela enfrentada e as circunstâncias fáticas e a motivaram. Ao fim desta análise, objetiva-se compreender-se o porquê de uma Administração Pública de resultados e suas características.

Apresentada a Administração Pública de resultados, necessário será conhecer características distintivas do Direito que a rege. Tratar-se-á, portanto, das evoluções em curso no Direito Administrativo que se reconhece por relevantes para essa nova Administração. Tal estudo se iniciará com vistas ao procedimento administrativo e como as normas jurídicas o vinculam, para, em segundo momento, investigar os princípios orientadores desse regime jurídico em construção.

Assim, no segundo capítulo, será tratado o proceder da Administração e como ele deve se adequar para adimplir com a estruturação que se volte à produção de resultados. Demonstrar-se-á como a Administração necessitará possuir um procedimento flexível, dinâmico, apto a adequar-se a realidades e finalidades

específicas a fim de tornar-se efetiva. Para tanto, necessário será compreender o princípio da legalidade, basilar do agir administrativo, e como seus contornos são afetados pela evolução do Direito Administrativo.

O terceiro capítulo, por sua vez, dedicar-se-á à análise da liberdade procedimental pretendida para a efetivação da Administração Pública de resultados. Pertinente, para a complementação dos estudos realizados no item antecedente, compreender os contornos da liberdade de conformação do administrador, tendo em vista que não se pode confundir a concessão de liberdade de escolha para conformação do proceder em busca de resultados com a liberdade para agir arbitrariamente. Assim, serão revistas noções como discricionariedade, conceito jurídico indeterminado e mérito, a fim de conhecer os limites das escolhas do administrador. Torna-se análise essencial para que a pretensa evolução do Direito Administrativo não se perfaça em retrocesso.

O quarto e quinto capítulo buscam a conhecer a condensação da base valorativa do modelo administrativo em formação, através da investigação sobre princípios que a orientam. O primeiro ponto dessa fase da pesquisa busca, de forma propedêutica, formular noções básicas sobre as normas princípios, para compreender seu papel no ordenamento jurídico e sua influência na atuação e nas escolhas administrativas. Em seguida, analisar-se-á, com destaque, o princípio da eficiência, o qual, a partir dos estudos realizados, possui especial relevância enquanto vetor normativo das reformas em busca do gerencialismo e dos resultados. Trata-se de princípio que desponta sob diversas denominações nos ordenamentos jurídicos dos diferentes Estados, mas que possui a precípua finalidade de tornar jurídicos padrões que tradicionalmente pertencem a outras ciências, concedendo-lhes força deontológica a fim de aperfeiçoar o procedimento administrativo

No quinto ponto, dando-se prosseguimento a análise dos princípios que orientam a Administração Pública de resultados, serão estudados outros três princípios compreendidos como orientadores da Administração Pública atual. O primeiro deles, a prossecução do interesse público, longe de ser encarado como novidade, é princípio capital do Direito Administrativo. A motivação para estudá-la, entretanto, é a compreensão de que na atualidade, diante das exigências democráticas de atendimento à pluralidade de interesses e valorização de direitos fundamentais, o princípio não poderia sobreviver aos novos tempos sem ser

revisitado. Busca-se, portanto, entender o que viria a significar e como deveria se realizar a prossecução do interesse público na Administração Pública de Resultados.

Em seguida, serão analisados os princípios da proteção da confiança e da participação, os quais representam uma conquista jurídica para os administrados, que tornam mais horizontais a relação entre estes e o Poder Público. A proteção da confiança volta-se à tutela das expectativas legítimas de particulares em relação às condutas da Administração Pública. A participação, a seu lado, é princípio que visa a compartilhar com os particulares a formação das decisões públicas. Tratar-se-á, portanto, de forma mais ampla as suas características e sua aplicabilidade.

No capítulo derradeiro do presente estudo, tratar-se-á do controle jurisdicional da Administração Pública. A partir das mudanças vislumbradas, o foco central da análise será o controle, pelo Judiciário, da atuação administrativa, a partir dos princípios jurídicos. A intenção será, a partir das conclusões parciais extraídas nos pontos anterior, avaliar a extensão, a intensidade e os efeitos desse controle.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GESTÃO DA COISA PÚBLICA: ORIGEM E EVOLUÇÃO

Verifica-se na Administração Pública contemporânea uma intensa mudança de paradigmas, um empenho em atualizar-se, reconstruir-se de forma positiva, que pressupõe, para ser legítima e efetiva, de uma readaptação, em mesma intensidade, do Direito Administrativo, não apenas legislativa, mas da própria forma de pensá-lo, compreendê-lo.

O Estado atual é marcado pela assunção de múltiplas funções e uma orientação voltada, sobretudo, à pacificação social e ao bem-estar dos cidadãos. Trata-se de faceta adquirida com o alcance das repúblicas, pelas conquistas democráticas e socioeconômicas, que possui pautas que nem sempre fizeram parte da agenda estatal.

O resgate do caminho percorrido possui, portanto, importante função para a melhor compreensão da Administração Pública que se define nos dias atuais, através da observação evolutiva dos cenários práticos e das ideias, para ser possível, posteriormente, compreender o novo Direito Administrativo passível de observação, e, ainda, avaliar alterações no *locus* jurídico que ainda se fazem necessárias. Ao longo da história, é possível observar o surgimento de modelos de gestão públicas, suas oposições teóricas, suas crises internas e sua superação por um novo modelo. A análise dessa sucessão auxilia na compreensão do surgimento de uma preocupação na construção de uma Administração Pública voltada para os resultados e as necessárias reformas na sua gestão para alcance desse objetivo.

Assim, antes de avançar nas temáticas centrais de estudo, com o intuito propedêutico, para a melhor compreensão, é proveitosa a promoção de um resgate histórico¹, revisitando períodos de organização e gestão pública que se assemelham entre Estados distintos. Haverá um foco, sobretudo, nos Estados de tradição europeia continental, os quais mais cedo e com mais intensidade adotaram o regime administrativo, embora com o alcance da atualidade seja possível notar a

¹ De forma semelhante, essa investigação também já foi realizada em: QUINTELLA NETO, Luiz Carlos. **Princípio da Boa Administração: Dever Jurídico Imperfeito?**. Relatório (Mestrado em Direito). Universidade de Lisboa, 2016.

aproximação de outros Estados em torno do que se pode denominar de cultura jurídico-administrativa².

Desde as primeiras organizações humanas em sociedade é possível verificar a presença da função administrativa. É constante dos Estados – e mesmo dos centros de poder pré-estatais –, com maior ou menor intensidade, a presença de uma “atividade pública de execução e de amanho de interesses públicos”³. Desde a antiguidade é possível observar detentores de poder político que se responsabilizavam pela gestão da coisa pública⁴.

Na idade média, de organização descentralizada, o Poder residia sobretudo nas mãos da Igreja, crendo-se na existência de uma ordem jurídica transcendente e já posta. A atuação estatal era mínima e a função administrativa, quase inexistente⁵.

Com a superação da Idade Média, através da concentração, unificação e organização do poder em Estados-Nações, alcança-se a era Moderna, na qual é possível verificar, enfim, uma Administração Pública expressiva e organizada. É, portanto, este o marco referencial para o estudo da gestão administrativa, momento em que já se pode verificar um engrandecimento das funções públicas, sobretudo das executivas, com o surgimento de Estados organizados.

Assim, serão classificados os modelos de gestão da coisa pública observáveis a partir do surgimento do Estado Moderno em (1) patrimonialismo; (2) burocracia e (3) boa administração, a serem analisados na ordem de sua organização ao longo da história.

Dar uma classificação a um período, entretanto, não significa dizer que apenas ele possuirá as características que lhes são apontadas. O que se pretende demonstrar é que nesse período essas características aparecem com mais força, ao passo que no período seguinte elas perdem o destaque, abrindo espaço para que outras ideias sejam o foco. Destarte, o foco proposto será nas reformas

² É o que também nota Celso Antônio Bandeira de Mello, demonstrando que em sua origem, o Direito Administrativo não se compatibilizava com o *common law*, da Inglaterra e seus afiliados culturais. Contudo, muito embora o sistema continental europeu não tenha vingado nesses Estados, o Direito inglês (assim como o de tradição romano-francesa, deve-se acrescentar) evoluiu, de forma que as “visões jurídicas” se aproximam (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 42 e 43).

³ MONCADA, Luiz S. Cabral. **Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo**: Contributo Dogmático. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 5.

⁴ Neste sentido, Ana Carla Bliacheriene se refere ao significativo número de obras públicas que já era encargo desses gestores públicos da antiguidade, destacando que havia a necessidade de controlar o que se captava e o que se gastava dos cofres públicos (**Controle da Eficiência do Gasto Orçamentário**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.37).

⁵ Para mais informações sobre o Estado medieval, vide: MONCADA, Luiz S. Cabral. **Autoridade e Liberdade...** p. 6 e ss.

administrativas, quer-se dizer, nos momentos de análises críticas da organização administrativa do Estado resultantes em tentativas de melhorá-la⁶.

2.1. O PATRIMONIALISMO

Com a concentração do poder nas mãos do monarca, a estatização da religião e o surgimento das primeiras organizações com competências voltadas à prossecução do engrandecimento do país, é fértil o solo para a formação dos primeiros Estados-Nações na Europa⁷.

O primeiro modelo de gestão pública historicamente identificado é o patrimonialismo, cujas características podem ser observadas neste momento histórico, no qual o poder estatal é exercido por monarquias absolutistas⁸. O traço característico da gestão patrimonialista é, assim, o desconhecimento, pela autoridade pública, de barreiras ou limites para no exercício de seu poder.

Por assim ser, a máxima autoridade pública compreendia sua relação com o Estado como de domínio, confundindo a propriedade pública com a sua particular⁹, de forma que o nepotismo, o empreguismo e a corrupção representam características próprias deste período¹⁰. Os cargos públicos, mesmo os de representatividade mais importante, poderiam ser negociados ou herdados, como os bens privados¹¹, pouco importando vocação, aptidão ou formação técnica.

Nota-se que, em modelo tal, os resultados da gestão estatal estão completamente ignorados, ou, ao menos, gozam de pouca importância. O desiderato real da Administração Pública era atuar em perfeita afinação com a

⁶ Jaime Rodriguez-Arana Muñoz nota que o reformismo é marcado pela oposição tanto às atitudes revolucionárias quanto às imobilistas, aceitando criticamente a realidade para buscar melhorá-la (**Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.22).

⁷ MONCADA, Luiz S. Cabral. **Autoridade e Liberdade...** p. 42.

⁸ Já aqui se encontra a prenunciada exceção da Inglaterra. Como nota Jorge Reis Novais, neste país, as várias tentativas de impor o Estado absoluto restaram inexitosas, de forma que no século XVII já se consagrava a soberania do Parlamento (NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 16).

⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. São Paulo: 34. Brasília: ENAP, 1998. p. 47.

¹⁰ VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública Patrimonialista à Administração Pública Gerencial e a Burocracia. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 225-247, out/dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI00006.aspx?pdiCntd=49812>>. p. 225

¹¹ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 31.

vontade absoluta do príncipe¹². Trata-se, portanto, de período histórico que se estrutura em máximas como “a vontade do rei é a lei suprema”, “aquilo que agrada o príncipe tem força de lei” e “o rei não erra”¹³.

O patrimonialismo, conforme posto, é marca típica da primeira fase do Estado absoluto que sucedeu o Estado feudal na Europa Continental, o qual sustentava a ideia de soberania como um poder supremo, independente e de origem divina¹⁴. Contudo, também vai exercer forte influência na organização do poder na fase posterior do absolutismo, conhecida como Estado de polícia. Nesta segunda fase, ainda se admite um poder do monarca superior ao Direito, mas se tenta justificá-lo racionalmente, afirmando-se que o direito do rei de intervir em todos domínios da vida do Estado e do cidadão pautar-se-ia na prossecução do interesse e bem públicos¹⁵.

O despotismo esclarecido vai sucedendo o absolutismo monárquico, de forma que o poder estatal vai se desvinculando da figura do monarca e se alicerçando a uma burocracia profissionalizada e permanente, sendo o Rei o primeiro de seus serventuários. O Estado inicia um caminho de laicização, passando a servir não mais à religião, “mas sim desenvolver o comércio e até indústria, reorganizar a Administração civil e militar, fortalecer a política externa e reformar e modernizar a sociedade”¹⁶.

Essa última fase do Estado absoluto, no qual se agiganta o papel do Estado, embora voltado a reformas internas, não consegue sobreviver às suas próprias contradições, sendo o esclarecimento insuficiente para a manutenção do poder do monarca perante os anseios de uma sociedade ainda excluída¹⁷.

Em um primeiro momento, é bem verdade, o Estado absoluto convém aos interesses da burguesia, pois, ao excluir os privilégios feudais e seu protecionismo econômico, permitia-se ascender enquanto classe. Contudo, ao fim do século XVIII,

¹² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.37.

¹³ “*Regis voluntas suprema lex*”, “*quod principi placuit legis habet vigorem*” e “*the king can do no wrong*”, respectivamente (cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 06).

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios...** p. 16-17.

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios...** p. 17.

¹⁶ MONCADA, Luiz S. Cabral. **Autoridade e Liberdade...** p. 43.

¹⁷ “O Estado absoluto da sua última fase enredava-se nas suas próprias contradições. O alcance da sua atividade aumentara exponencialmente e a correspondente razão política dominava-a completamente. Perante tal gigantismo a legitimação que apresentava revelava-se cada vez mais insuficiente. O esclarecimento do monarca era pouco cabedal para tanto e a burocracia não podia eternamente substituir os corpos intermédios entre o cidadão e o Estado desaparecidos na voragem absolutista da centralização do poder”. (MONCADA, Luiz S. Cabral. **Autoridade e Liberdade...** p. 46).

a classe burguesa já se encontra amadurecida e pronta para se livrar do “dirigismo e paternalismos típicos da intervenção do Estado de polícia”¹⁸, de forma que, para continuar desenvolvendo-se economicamente, era necessária, precisava conquistar também o poder político.

Eclodem, portanto, as revoluções burguesas¹⁹, tornando insustentável a manutenção de um Estado patrimonialista e intervencionista. Para a efetivação dos novos ideais liberais era necessário haver uma clara distinção entre o público e o privado e a organização de uma sociedade civil apta a controlar o Estado²⁰.

2.2. O ESTADO LIBERAL E A BUROCRACIA

Com as revoluções burguesas e a posterior consolidação do Liberalismo, promove-se a centralização e unificação do poder, ao mesmo passo que o despersonaliza, de forma que o poder pessoal é substituído pelo poder estatal²¹. Trata-se de cenário permeado por profundas alterações na concepção da vida jurídica.

O Liberalismo compreendia a propriedade como um prolongamento da individualidade do ser humano, colocando-os como o centro produtor do Direito e limites da atuação estatal²². Assim, não se trata apenas de despersonalizar o poder, mas de enfraquecê-lo, de moderá-lo. Em nome da liberdade, “no Estado Liberal se afirma a necessidade de limitar o poder político, quer através da sua divisão e repartição por vários órgãos, quer através da redução ao mínimo das tarefas por ele desempenhadas”²³.

Para garantir a “visão liberal do mundo”, e seus valores fundamentais – separação entre o Estado e a Sociedade, garantia da propriedade e da individualidade – começa-se a criar os primeiros Tribunais Administrativos, e, como

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais...** p. 18.

¹⁹ As reações revolucionárias ao poder monárquico com fontes expressão nos Estados Unidos da América, com a independência das 13 colônias em 1783. É, contudo, a Revolução Francesa de 1789 que, com maior intensidade, figurará como alicerce paradigmático e base ideológica das transformações que irá se replicar entre os Estados europeus. É o que analisou Ana Carla Bliacheriene (**Controle da Eficiência...** p.40).

²⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado...** p. 48.

²¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 75.

²² MONCADA, Luiz S. Cabral. **Autoridade e Liberdade...** p. 48.

²³ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 30.

fruto de seus trabalhos, surge o Direito Administrativo²⁴. Antes das revoluções burguesas, sob a égide das monarquias absolutistas, inexistiam nos ordenamentos jurídicos normas que subjugassem a conduta do Estado, sendo necessário criar um Direito “novo”, com disciplina específica, voltado às relações entre o Poder Público e os administrados²⁵. Passa-se, ainda, a conceder-se ao cidadão a titularidade de direitos oponíveis contra o poder estatal²⁶.

O conceito regente dessas ações é, portanto, o de limitar a atuação pública, para que o Estado interfira o mínimo possível nos domínios particulares, garantindo-se, assim, em última instância, a liberdade individual e a propriedade privada.

As transformações operam-se na Administração Pública na medida em que se alcança o denominado Estado Burocrático, no qual “o primado da lei ou o Estado de Direito e a garantia da propriedade e dos contratos tornavam-se necessários”²⁷. O Estado passa a ser concebido, portanto, como uma pessoa jurídica, titular de direitos e deveres tutelados pelo Direito e pelos Tribunais, devendo, em sua atividade, obedecer à lei, que goza de hierarquia superior às demais manifestações da vontade estatal²⁸.

A burocracia, tal qual idealizada para o Estado Moderno, visava à fundação de um “racionalismo legal despersonalizador e não-patrimonialista, cuja legitimidade é determinada *a priori* pelos procedimentos”²⁹. Por possuir uma relação intrínseca com os fundamentos da racionalidade capitalista emergente, e com a evolução técnica e econômica por esta produzida, a “racionalização burocrática” se torna um processo irreversível, que triunfa de forma generalizada entre os sistemas administrativos ao longo do século XX, ainda que alinhado às peculiaridades locais³⁰.

Max Weber possui o relato mais sóbrio dos ideais burocráticos da modernidade, com lições ainda atuais. Um dos pontos focais da obra weberiana é a organização do funcionalismo público. Em suas lições, ele se preocupou em firmar

²⁴ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga...** p. 31.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** p. 39.

²⁶ GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1981. p. 254.

²⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Os Primeiros Passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Salvador, Número 16, dez./jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-LUIZ%20CARLOS%20BRESSER.pdf>>.

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios...** p. 22.

²⁹ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** p. 32.

³⁰ GONÇALVES, José Renato. Estado Burocrático e Estado Transparente: Modelos de Tutela do Princípio da Transparência. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, Stvdia Ivridica 92, Ad Honorem 3. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 259.

que as competências oficiais deveriam ser fixas, com divisão fixas das atividades, de forma genericamente regulamentada. Busca-se, pois, a instituição da “autoridade burocrática”, em detrimento das formações estatais feudais, nas quais “as medidas mais importantes o soberano manda realizar por homens de confiança pessoal, comensais ou servidores da Corte, com autorizações e encargos temporários estabelecidos para o caso concreto, e não fixamente delimitados”³¹.

As propostas burocráticas, neste particular, protestam por impessoalidade, afastando as políticas patrimonialistas em privilégio da técnica, da especialização, da objetividade, do profissionalismo nos cargos públicos.

Embora busque a divisão fixa de tarefas e o afastamento das autoridades absolutistas, Max Weber demonstra que a dominação burocrática é regida pela hierarquia, havendo instâncias superiores com poderes de mando e de revisão das decisões dos subordinados³². Preocupa-se, outrossim, em frisar que os cargos públicos, em regra, devem ser alcançados através de exames, previamente previstos, de forma geral. Os funcionários públicos adentrariam em cargos inferiores, para os quais estaria prevista uma carreira e possibilidade ascensão. Para cargos públicos mais altos, entretanto, nos quais seja necessário maior atenção à qualificação pessoal e intelectual, a nomeação independente poderá ser a melhor solução³³.

Firma-se, ainda, na burocracia, a procedimentalização do agir administrativo, possibilitada por regras previa e genericamente estabelecidas, que garantissem a previsibilidade da gestão pública e a calculabilidade de seus resultados³⁴. Atendia-se a demanda do mercado, do capitalismo e do liberalismo em ascensão, que exigiam intervenção mínima estatal, um agir eminentemente de polícia, de manutenção da ordem³⁵, não havendo espaço, portanto, para favoritismos e arbitrariedades³⁶.

³¹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade V. 2**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, 2004. p. 199

³² WEBER, Max. **Economia e Sociedade V. 2...** *passim*.

³³ Com efeito, esta é uma das medidas apontadas por Bresser Pereira como integrante do processo de desenvolvimento da burocracia brasileira. Em busca de melhor produção e organização, implantaram-se nas repartições públicas concursos públicos, ao menos para as funções inferiores (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e Crise no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977. p. 83).

³⁴ Cf. WEBER, Max. **Economia e Sociedade V. 2...** p. 213.

³⁵ Assim sintetizou Onofre Alves Batista Júnior: “Visando economizar esforços, garantir a impessoalidade e a moralidade, bem como padronizar procedimentos, a burocracia se baseia em normas e regulamentos escritos, que pretendem, ainda, uma interpretação sistemática, literal e unívoca. Desenhada sob as luzes do positivismo, na seara pública, passou a pedir mais do que uma legalidade, mas uma tipicidade das suas normas e de seus regulamentos” (**Princípio Constitucional...** p. 61.).

Note-se, ainda, que a burocracia, para além de propor soluções aos equívocos da Administração Pública do patrimonialismo, pretendia, em origem, atender à “exigência da realização mais rápida possível das tarefas oficiais”³⁷. As esquematizações originais demonstraram-se bastante adequadas ao Estado Liberal, ao qual cumpria responsabilizar-se, notadamente, pela segurança, contra ameaças externas à soberania nacional e contra ameaças internas à propriedade, ao passo que o mercado e a sociedade se manteriam e desenvolveriam regidos pela liberdade.

Contudo, o idealismo liberal nesta etapa inicial do capitalismo encerrou graves consequências. A um, falhou como própria filosofia de mercado, falhando em seu mais patente fundamento; a autorregulação do mercado, aliada à tendência de formação de oligopólios e monopólios, gerou concentração do mercado e concretizou o poder econômico³⁸, reverberando em eliminação da concorrência e artificialização da economia. Mostrou-se, pois, inevitável a intervenção do Estado para garantir as próprias relações mercadológicas, tutelando a concorrência em detrimento da livre iniciativa³⁹.

A dois, a sociedade liberal, egoísta em sua essência, irradiou, junto com a concentração de renda que lhe é consequente, diversos problemas sociais. Pauperismo, fome, insalubridade urbana, condições desumanas de trabalho. Presenciou-se um clima político-social propiciador de intervenção estatal⁴⁰, o que vem a ocorrer com o surgimento dos Estados Sociais, interventor na economia e na sociedade, garantidor dos direitos sociais e econômicos em caráter indistinto e genérico⁴¹.

No mesmo sentido, Miguel Calmon Dantas coloca que “as finalidades do Estado de Direito Liberal cingiam-se a promover o respeito e a conservação dos direitos individuais, notadamente da propriedade, ensejando a previsibilidade e a calculabilidade das relações sociais, muitos caras ao capitalismo liberal que se instituíra” (**Constitucionalismo Dirigente e Pós Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155).

³⁶ GONÇALVES, José Renato. Estado Burocrático... p. 250.

³⁷ WEBER, Max. **Economia e Sociedade V. 2...** p. 212.

³⁸ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente...** p. 161.

³⁹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente...** p. 215.

⁴⁰ Em sentido semelhante, expôs Maria Sylvia Zanella di Pietro: “Já em meados do século XIX começaram as reações contra o Estado liberal. A abstenção do Estado acabou por gerar consequências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas vão transformando-se em grande monopólios e aniquilando as de pequeno porte; surge uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tende a acentuar-se com o não intervencionismo estatal” (**Discricionariedade Administrativa...** p. 15).

⁴¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPODIVN, 2010. p. 587.

Identifica-se, portanto, uma crise dos paradigmas axiológicos e ideológicos do liberalismo, que acarretará, na transição do século XIX para o século XX, na criação de novos modelos de estatais e novos modelos de gestão pública⁴².

2.3. A ASCENSÃO DO ESTADO SOCIAL E A “CRISE” DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA

À medida que se evidenciam as falhas mercadológicas e sociais do liberalismo, vai surgindo a necessidade de que o Estado retorne a intervir nos domínios que o liberalismo reservou à sociedade civil. Em um momento inicial, as intervenções públicas são circunstanciais, sem qualquer organização; pouco a pouco, entretanto, essa intervenção vai se institucionalizando e o Estado torna-se um aparelho absolutamente indispensável⁴³. Inicia-se, neste interim, uma profunda reavaliação dos fins estatais e uma reconstrução das relações entre Estado e sociedade⁴⁴.

Cada um com suas particularidades e seu devido momento, os Estados Sociais vão sendo consolidados, pela conjugação de diversos fatores, desde as lutas de classes aos espólios bélicos do século XX, tendo as mais diversas bases ideológicas e peculiaridades regionais. Ao passo que diversos Estados desenvolviam um modelo social de forma democrática, outros optavam por uma solução autocrática, como a Alemanha nazista e os Estados do bloco socialista. Foca-se, entretanto, no começo dos Estados Interventores⁴⁵, Estados Provedores, asseguradores – ou ao menos empreendedores – material da igualdade e da solidariedade.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais...** p. 30.

⁴³ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga...** p. 36.

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais...** p. 30.

⁴⁵ Jacques Chevallier destaca que a França, em particular, sempre possuiu uma profunda tradição intervencionista. O autor informa que desde o regime absolutista o Estado desempenhava funções sociais, culturais e econômicas, que não se enfraqueceram nem durante o século XIX, com a ascensão do discurso liberal. Assim, como já existia uma crença tradicional de que o dirigismo estatal se justificava pelo bem do interesse público, o Estado de bem-estar social foi facilmente aceito na França, em comparação com outros países ocidentais (Public Administration in Statist France. *in*: OTENYO, Eric E.; LIND, Nancy S (editores). **Research in Public Analysis and Management**. Volume 15. Public Administration: Comparative Public Administration, The Essential Readings. Amsterdã: Elsevier, 2006. p. 742-743).

No avançar do Estado Social, o Poder Público alarga suas funções, tomando para si o dever de realizar diversas atividades sociais, culturais e econômicas⁴⁶. Com o fim precípua de realização de um patamar mínimo de bem estar, o Poder Público responsabiliza-se por um leque ambicioso de necessidades coletivas⁴⁷.

A partir dessa evolução nas finalidades do Estado, é possível verificar inevitáveis consequências para a Administração Pública. Se, no Estado Liberal do século XIX cumpria à Administração intervenções pontuais e eventuais para cumprimento de suas finalidades, o advento do Estado Social, acompanhado de seu desiderato de promoção do bem-estar social, as relações administrativa com a sociedade se alargam, se tornam imensamente mais intensas⁴⁸.

O Estado se “agiganta” em uma proporção que a Administração Pública se torna essencial na vida da coletividade⁴⁹, o que vem a fortalecer a organização burocrática, revelando, todavia, suas disfunções e deficiências. A despeito do quanto esperado pelos cidadãos, a expansão do Estado não levou, necessariamente, ao crescimento do bem-estar individual, mas, antes, a robustecimento desmedido da burocracia, tornando a Administração num “aparelho pesado e de funcionamento moroso”⁵⁰.

A hierarquia, que pretendia fortalecer o controle nos quadros da Administração Pública, acabou por conduzir a uma cultura de irresponsabilidade dos funcionários subalternos, e um conseqüente descompromisso com os fins do serviço público⁵¹. A mais, ao deixar-se o processo decisório a encargo dos escalões mais altos, afastou-se o processo decisório das instâncias fáticas e dos verdadeiros destinatários – diminuindo a participação do Administrado, seja como efetivo agente no processo de decisão, seja como fonte de informações –, além de reacender exibições de autoritarismo⁵².

O apego aos procedimentos e às regras, por sua vez, a mais do que contribuir com a segurança, veio a contribuir com a displicência com os resultados e

⁴⁶ OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo**: Enquadramento Dogmático-Constitucional – Vol. II. Lisboa: Lex, 1995. p. 588- 589; ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga...** p. 31.

⁴⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p. 43.

⁴⁸ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga...** p. 39.

⁴⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 39.

⁵⁰ PEREIRA, Vasco. **Para um Contencioso Administrativo dos Particulares**: Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Direto de Anulação. Coimbra: Almedina, 1997. p. 56.

⁵¹ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração...** p. 47.

⁵² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p. 61-62.

objetivos⁵³, a irracionalidade e a ineficiência dentro da gestão pública. Sacraliza-se as regras e os trâmites, preterindo seu significado e sua finalidade⁵⁴, dificultando o atendimento às necessidades públicas, apegando-se à rotina, dificultando a transformação, a evolução⁵⁵. Com efeito, a Administração Pública vai se tornando incapaz de atender às demandas da sociedade e acompanhar a sua complexidade e a velocidade de suas mudanças.

O próprio Direito Administrativo, ainda nos moldes com o qual havia despontado no Estado liberal e burocrático, é cientificamente voltado ao reforço da subordinação do Poder Público, restringia-se quase que exclusivamente à análise da legitimação estatal pela lei, e, portanto, engessado e inapto a adaptar-se à nova realidade. Se as teorias primitivas desse Direito voltavam-se a reborar o poder e os privilégios estatais no Estado absolutista, neste momento, ele encontra-se afastado da prática, preterindo as ciências administrativas e políticas⁵⁶. O foco principal dos teóricos era a contenção legal das ações públicas, ao passo que o funcionamento e a organização do aparato estatal encontravam-se deixados como problema empírico dos gestores⁵⁷.

A especialização, da qual se supunha o acréscimo na produção, em excesso, tornou o serviço público numa aborrecida, destrutiva, incomodativa e destrutiva, que resultou em baixa produtividade⁵⁸.

O indivíduo, que cada vez mais contribui com o Estado, através de taxas e impostos⁵⁹, cada vez menos sente que dele recebe benefícios⁶⁰. A confiança e dependência do cidadão no Estado social, como esperado, tornam-se alienação e desconfiança na atuação pública⁶¹.

As patologias da burocracia enquanto modelo de gestão da coisa pública evidenciam-se de tal maneira que o juízo comum passa a assumir uma organização burocrática por um sistema lento, ineficiente, no qual se acumulam papéis, apegam-se

⁵³ CAIDEN, Gerald E. What Really is Maladministration?. **Public Administration Review**. Washington, vol. 51, n. 6, p. 486 – 492, nov/dez 1991. p.490.

⁵⁴ Ana Carla Bliacheriene demonstra que esta supervalorização das regras também refletirá nos mecanismos de controle da Administração Pública, que irá se concentrar “no domínio da legalidade, sem perquirir o atendimento efetivo de sua finalidade pública” (**Controle da Eficiência...** p.41).

⁵⁵ Neste sentido: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p. 61-62. Ver também: PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração...** p. 47-48.

⁵⁶ CHEVALLIER, Jacques. Public Administration in Statist France... p. 745-746

⁵⁷ CHEVALLIER, Jacques. Public Administration in Statist France... p. 742-746

⁵⁸ CAIDEN, Gerald E. What Really is Maladministration... p.490.

⁵⁹ Luiz Carlos Bresser Pereira demonstra que a carga tributária que antes era, em média, de 5%, passa a ser de 10% no início do século XXI, passando a representar 30% a 60% do Produto Interno Bruto dos Países (**Reforma do Estado...** p. 35).

⁶⁰ PEREIRA, Vasco. **Para um Contencioso...** p. 57.

⁶¹ PEREIRA, Vasco. **Para um Contencioso...** p. 58.

às regras e à rotina, e pouco é o que se resolve⁶². A administração burocrática passa a ser entendida, portanto, como um sinônimo de uma má administração⁶³.

Surge em torno da Administração Pública um estigma de inefetividade e incapacidade de atender com qualidade as demandas do cidadão⁶⁴, a partir de algumas falhas de gestão que passam a ser comum⁶⁵. A falha mais comumente identificada é a da ineficiência, na qual os fins perseguidos são alcançados, mas a custos altos e desnecessários. Contudo, por vezes a Administração se torna literalmente inefetiva, não conseguindo alcançar quaisquer dos objetivos traçados. Em outras situações, a gestão pública pode falhar de tal forma que produz resultados contrários aos objetivados por sua conduta.

Os fenômenos da inefetividade e desconexão com o contexto social se tornam ainda mais graves por ocorrerem num contexto de constante alteração da sociedade. A globalização, os grandes avanços científicos e tecnológicos, a velocidade e a facilidade na troca de conhecimento e ideias, e, ainda, a valorização crescente da tolerância entre os desiguais, culminaram na criação de uma sociedade extremamente complexa⁶⁶. Em um estado de coisas tal, há necessidade de respostas céleres e especializadas, o que irá propiciar uma crescente transferência de competências originariamente do Legislador à Administração⁶⁷, que precisa se manter conectada à realidade que a rodeia e tornar-se apta a alcançar as finalidades cuja prossecução se lhe são atribuídas.

Assim, diante percepção da insuficiência do Estado social para atendimento das demandas que se lhe são postas, da emergência das disfunções da burocracia, e a

⁶² É o que também notam: VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública Patrimonialista à Administração Pública Gerencial e a Burocracia. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 225-247, out/dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI00006.aspx?pdiCntd=49812>>. p. 226; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p.61; HOOD, Christopher. Administrative Diseases: Some Types of Dysfunctionality in Administration. **Public Administration**. Hoboken, vol. 52, n. 4, p. 439 – 454, dec. 1974. p. 439.

⁶³ CAIDEN, Gerald E. What Really is Maladministration... p.489.

⁶⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado...** p. 36.

⁶⁵ Christopher Hood elenca três tipos de falhas administrativas: ineficiência, inefetividade pura e contraproduzividade (Administrative Diseases... p. 441 – 442).

⁶⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto analisa a sociedade em mudança, afirmando que essa nova situação se caracteriza, entre outros, pelos seguintes fenômenos: 1) consciência dos próprios interesses; 2) maior nitidez dos valores; 3) globalização (nela incluídos os interesses e os valores); 4) pluralização e crescimento das demandas; 5) desenvolvimentos do conceito de interesse transindividuais; 6) surgimento do público não estatal; e 7) reivindicação de maior participação [Mutações do Direito do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações)]. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, jun./jul./ago., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>].

⁶⁷ Neste sentido: JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A experiência estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle**. São Paulo: Melheiros, 2016. p.34; BLIACHERINE, Ana Carla. **Controle da Eficiência...** p.43.

crescente complexização da sociedade, torna-se inafastável a necessidade de uma nova reforma. De um lado, o valor eficiência ganha ênfase, impondo ao Poder Público um dever de sempre aperfeiçoar seus meios de administração e aprimorar seus resultados; de outro, as novas tarefas estatais vão exigir reorganização e transformação das estruturas e métodos da Administração Pública⁶⁸. Com efeito, o Estado burocrático e o direito que nele se desenvolve não estão aptos a suportar a racionalização exigida pela realidade emergente.

O modelo de gestão burocrático possui êxitos incontestáveis, não sendo possível afastá-la em diversas de suas nuances, como na garantia do profissionalismo, impessoalidade e de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico⁶⁹. A burocracia excessiva, entretanto, possui alta propensão a produzir graves falhas, merecendo ser revista e superada.

2.4. O ESTADO CONTEMPORÂNEO E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

É possível notar-se, na literatura especializada italiana, brasileira e espanhola, a referência ao Estado que sucede ao moderno como “Estado pluriclasse”⁷⁰, a fim de identificar que a nova organização social atual caracteriza-se por uma sociedade cada vez mais pluralista, heterogênea, múltipla, da qual advém, em consequência, uma diversidade de demandas, todas merecendo representação⁷¹. O mundo atual se reconhece como multicultural⁷². Com efeito, o Estado que vem se consolidando no século XXI confronta-se com uma complexidade de referências, diante das quais

⁶⁸ CHEVALLIER, Jacques. Public Administration in Statist France... p. 745-746

⁶⁹ “Meanwhile, bureaucracy has not declined, and the process of bureaucratization has not been halted. Big has not turned out ugly. On the contrary as people Wake up to their rights and raise their expectations, so they insist on constitutionalism, rule of law, equal consideration, due process, equity, protection, access, competence, regularity, quality, fairness, responsibility, accountability, openness, and thus other factors that have promoted bureaucracy, bureaucratization, and bureaucratic abuses” (CAIDEN, Gerald E. What Really is Maladministration... p.489).

⁷⁰ GASPARE, Giuseppe di. **Il Potere nel Diritto Pubblico**. Padova: Cedam, 1992. p. 32 – 49; GIANINNI, Massimo Severo. **Il Pubblico Potere: Stati, e Amministrazioni Pubbliche**. Bolonha: Il Milino, 1986. p. 56 *apud* FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael (Org.). **Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 16; ALCÁZAR, Mariano Baena. **Curso de Ciencia de la Admnsitración**. Madri: Tecnos, 1985. p. 80 *apud* DI PIETRO, Matia Sylvia Zanella. Participação da comunidade em órgãos da Administração Pública. **Revista de Direito Sanitário**, vol. I, n. 1, Novembro de 2000. p. 37; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito Administrativo no Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 204.

⁷¹ GIANINNI, Massimo Severo. **Il Pubblico...** p. 56.

⁷² SANTOS, Boaventura Souza; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar o Cânone Democrático. *In*: SANTOS, Boaventura Souza (Org). **Democratizar a Democracia: Os Caminhos da Democracia Participativa**. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002. p. 72.

deve enquadrar suas múltiplas tarefas⁷³. Muitos tentam adjetivar esse novo Estado, utilizando termos meramente descritivos ou genéricos (Estado de economia mista, Estado neocapitalista, p. ex.), pois, em verdade, ele está sempre em busca de referências⁷⁴.

Esse conjunto de mudanças paradigmáticas da sociedade demanda, como não pode deixar de ser, a adequação do Direito. Tratam-se de circunstâncias que geram inquietudes nos juristas, os quais, notando o rompimento com os dogmas do passado, buscam as novas diretrizes e valores que regerão o direito do futuro – que já se faz necessário no presente –, para que esse, ao invés de orientar-se para o progresso, não se retraia em retrocessos⁷⁵.

Em meio às incertezas, entretanto, uma questão se torna quase unânime. Sobretudo na segunda metade do século XX, embora para alguns Estados antes, conforme a revelação desse estado de complexidade, resta clara a necessidade, tanto para os teóricos como para os profissionais da prática⁷⁶, de reformar-se a organização da Administração Pública – e do próprio Direito Administrativo⁷⁷ –, para torná-la apta a desenvolver e efetivar seus misteres, a alcançar os resultados prosseguidos, de torná-la mais ágil, mais precisa, mais atual.

Torna-se necessário, portanto, corrigir os excessos da burocracia, de forma que a rigidez pudesse “dar espaço à flexibilidade, a uniformidade à diversidade, a autoridade à negociação, a passividade à iniciativa, a dependência à autonomia”⁷⁸. Para tanto, necessário identificar os velhos mitos jurídicos, para descartá-los, pois os problemas atuais já não comportam como solução o emprego dos paradigmas até então vigentes, o que gera uma crise de efetividade⁷⁹.

Inicia-se, assim, um novo ciclo, uma nova reforma da Administração Pública, dita gerencialista e vertida a resultados, possuindo como pauta valores como eficiência, eficácia, celeridade, simplicidade, produtividade, aproximação do cidadão,

⁷³ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 157.

⁷⁴ Neste sentido: GIANINNI, Massimo Severo. **Il Pubblico...** p. 56. Observação semelhante foi formulada por Odete Medauar, ao pontuar que “talvez a característica fundamental do Estado contemporâneo, do ponto de vista da elaboração teórica, se encontre justamente na dificuldade ou impossibilidade de seu enquadramento em modelo acabado e definido” (**O Direito...** p. 84).

⁷⁵ Em sentido semelhante, verificar: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito...** p. 121.

⁷⁶ GRAY, Andrew. JENKINS, Bill. *From Public Administration ...* p. 548.

⁷⁷ São proveitosas as observações de Eduardo Jordão (**Controle Judicial de uma Administração...** p.35): “(...) É evidente que o Direito operará sempre em grau de complexidade inferior ao da realidade que busca regular e sobre a qual irá incidir, até mesmo para que seja praticável. No entanto, a ampliação da complexidade do objeto pode gerar circunstâncias fáticas acentuadamente relevantes: de que forma e em que medida está o direito administrativo adaptado à nova administração pública?”.

⁷⁸ GONÇALVES, José Renato. *Estado Burocrático e Estado Transparente...* p. 252.

⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito...** p. 124 e 130.

economicidade, transparência. Busca-se uma reversão do processo de burocratização, por um sistema mais flexível, participativo, menos hierarquizado, menos rotinizado, mais profissional, mais inovativo, responsivo⁸⁰.

Aposta-se na concessão de maior autonomia aos gestores públicos, contrabalanceada pelo aumento conjunto da responsabilidade, como apta a melhorar a governança, ou seja, a capacidade estatal de “tornar em realidade, de forma eficiente e efetiva, as decisões tomadas”⁸¹.

É interessante notar que, como a burocracia obteve grande êxito em ser adotada, com mais ou menos intensidade, como modelo básico de gestão de quase a totalidade das estruturas estatais, e com o fim da guerra fria e o início da globalização, a reforma gerencialista da Administração se firma como um fenômeno global⁸², que além de ser verificado nos Estados europeus continentais, é passível de identificação nos países de tradição inglesa⁸³, países da América do Sul⁸⁴, e mesmo observado na África do Sul e em países orientais como Mongólia, China e Índia⁸⁵.

Assim, é possível notar que mesmo em países de *common law*, sem tradição de Direito Administrativo, como dos Estados da Europa continental, a reforma gerencial surge como reação às teorias e práticas tradicionais. Reino Unido, Austrália, Canadá e Estados Unidos da América apresentam agendas reformistas regidas por estratégias e ideologias em gestão e desempenho⁸⁶. Verifica-se, também nesses Estados, a busca da superação de uma Administração Pública insular, voltada quase que exclusivamente às suas próprias estruturas, para conectá-la com a realidade, permitindo-lhe não apenas ser reativa, mas também proativa, tornando-a eficiente⁸⁷.

⁸⁰ CAIDEN, Gerald E. What Really is Maladministration... p.489.

⁸¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado...** p. 109.

⁸² Como bem notam Andrew Gray e Bill Jenkins, a erosão da administração tradicional e o gerencialismo público (*public management*) se desenvolveram especialmente na década de 90, emergindo como movimentos globais (From Public... p. 548).

⁸³ Andrew Gray e Bill Jenkins, analisando a reforma gerencialista na Administração Pública inglesa, ressalta o fato de que, ao menos, Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos possuem uma agenda reformista que, ao menos na superfície, possuem as mesmas ideologias e estratégias (From Public Administration... p. 544).

⁸⁴ Com especial destaque à experiência brasileira, neste estudo diversas vezes referenciado.

⁸⁵ O que se observa em estudos comparados realizados por autores como Donal F. Kettl, que observou reformas gerencialistas na Mongólia, China, Índia, Suécia, Dinamarca, África do Sul, Nova Zelândia, Inglaterra e Estados Unidos da América (**The Global Public Management Revolution**. 2. ed. Washington: Bookings Institution Press, 2005). O autor afirma que o movimento se espalhou como “fogo selvagem” (*wildfire*), se tornando tão difundido que não se encontra nenhum governo central que possui respeito próprio que não promova a reforma, ainda que de forma modesta (p. 5).

⁸⁶ GRAY, Andrew; JENKINS, Bill. From Public Administration... p. 543-549.

⁸⁷ GRAY, Andrew; JENKINS, Bill. From Public Administration... p. 545-548.

Há quem defenda, entretanto, que a Administração Pública já passa por uma nova reforma, evoluindo para um modelo de gestão participativo, dialógico, societal, no qual o administrado surge como cidadão propriamente dito, participando mais ativamente das decisões que irão reger a *res publica*⁸⁸. O convite para o que o administrado direcione as decisões públicas, entretanto, coopera com a eficácia, responsividade, transparência e confiabilidade da gestão pública, pontos vitais à reforma gerencialista, além de ser contrabalanceamento imprescindível para a flexibilização que se concede à atuação do Gestor.

Em um momento inicial, é verdade, nos anos 80, surgiram primeiros movimentos reformistas, denominados neoliberais, buscando ajustes na estrutura macroeconômica do Estado, em busca de um novo ideal de Estado mínimo, voltado, sobretudo, a privatizações. O enfoque maior esteve, portanto, no mercado, não na cidadania⁸⁹. Contudo, o Neoliberalismo falhou como ideologia, por não produzir desenvolvimento, e como política, por não conquistar apoio dos eleitores⁹⁰.

Destarte, compreender-se a Administração Pública dialógica como integrante desta reforma gerencialista, que se define ao mesmo passo que se concretiza, e não sua superação. O ponto essencial, entretanto, de colocar-se os valores participativos em destaque neste cenário reformista é o de recordar que afã de concretização de uma gestão de resultados, que muito busca respostas na experiência privada, não se pode esquecer que governos não devem ser geridos como empresa, mas como democracia⁹¹.

Os principais objetivos da reforma gerencial serial, portanto: 1) aumentar a eficiência e a efetividade dos órgãos e agências estatais; 2) melhorar a qualidade das decisões estratégicas do governo e de sua burocracia; e 3) assegurar o caráter democráticos da Administração Pública⁹².

Em última instância, repise-se, a Administração Pública encontra-se em mutação, a fim de torna-la apta realizar seu “dever funcional de proporcionar

⁸⁸ Assim sustentam: BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da Eficiência...** p.51-55; DENHARDT, Janet Vinzant; DENHARDT, Robert B.. **The New Public Service**. New York: M. E. Sharpe, 2007. p. 3.

⁸⁹ CF. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...** p. 51-53.

⁹⁰ São as falhas apontadas no diagnóstico de Luiz Carlos Bresser Pereira, que acrescenta que as “sociedades democráticas contemporâneas, embora sabendo das falhas da ação do governo, não estão dispostas a aceitar os desequilíbrios econômicos e sociais que as falhas do mercado provocam” (**Reforma do Estado...** p. 31 e 32).

⁹¹ “Government shouldn’t be run like a business; it should be run like a democracy” é o alerta que Janet Vinzant Denhardt e Robert B. Denhardt fazem para abrir sua obra sobre o tema (**The New Public Service...** p. 3).

⁹² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado...** p. 100-113.

resultados concretos e efetivamente materializados”⁹³. Uma Administração Pública de resultados, portanto, que se afasta daquela vetusta Administração autoritária, autocentrada e autorreferenciada, ineficiente e ineficaz.

É esse, portanto, o cenário atual da Administração Pública, em linhas base, o qual exige conformação jurídica, ou seja, reforma no Direito Administrativo, tornando-o, teórico e normativamente, apto a reger as relações jurídicas do Estado, e garantir os direitos do cidadão, em uma realidade gerencialista. É, portanto, nesse sentido que se desenvolverão os estudos formulados nos próximos capítulos, investigando as vicissitudes do Direito Administrativo na contemporaneidade, neste Estado pós-social em definição.

⁹³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito...** 178.

3. O PROCEDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE A VINCULAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE

O surgir de uma nova Administração Pública, voltada à maximização dos resultados, não poderá ocorrer senão a partir uma alteração no procedimento administrativo. Quer-se dizer, as reformas na gestão pública, embora demandem um embasamento teórico e ideológico, devem ser adimplidas na prática, devendo, portanto, refletir-se no proceder administrativo, na sua forma de agir.

A Administração Pública contemporânea busca ser eficiente, efetiva, participativa, transparente, responsiva, e, para tanto, necessita adequar a sua forma de proceder de forma a possuir os meios necessários à satisfação dessas finalidades. Diante das diversas demandas sociais e das igualmente diversas responsabilidades do Estado, é necessário que sua atuação se emancipe dos rigores excessivos impostos pelo modelo burocrático, sobretudo do procedimentalismo exacerbado e da exaltação às regras.

Há, nas origens do Estado de Direito, um temor à cessão de espaços decisórios ao gestor público, o qual precisa ser superado. Com efeito, para atender às novas pautas administrativas a gestão estatal precisa flexibilizar-se, tornar-se dinâmica em seu proceder e, para tanto, um dos maiores desafios é a superação do legalismo, reavaliando o princípio da legalidade e a relação entre condutas vinculadas e administrativas.

O caminho para compreensão das alterações no procedimento administrativo inicia-se pela compreensão dos contornos do princípio da legalidade, sua importância para o Estado de Direito e a sua significação atual dentro do Direito Administrativo. No cenário dali observado, necessário será compreender o espaço que há para escolhas da Administração Pública, a fim de alcançar seus novos objetivos, e como se operam essas escolhas.

3.1. LIBERALISMO: GÊNESE E APOGEU DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é tradicionalmente compreendido como “princípio capital”⁹⁴ da Administração Pública, representando a submissão do Estado à lei,

⁹⁴ Termo cunhado por Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de Direito Administrativo...** p. 103). Com terminologia diferente, mas no mesmo sentido, Fernando Garrido Falla se refere ao princípio

uma conquista da sociedade com o estabelecimento do Estado de Direito, imerso na filosofia liberal⁹⁵. Como visto acima, as revoluções burguesas buscaram despersonalizar e controlar o poder estatal, sendo a subordinação do seu proceder à lei um dos principais instrumentos para tanto⁹⁶⁻⁹⁷.

Para alcance da separação entre o Estado e a sociedade pretendida pela burguesia em ascensão, garantindo-se a segurança à propriedade e à individualidade necessária ao desenvolvimento do capital, era preciso romper com os paradigmas do absolutismo. Embora houvessem ocorrido algumas evoluções em matéria de vinculação durante o despotismo esclarecido, o governo absolutista procedia arbitrariamente, como bem desejasse o Rei, que possuía poderes divinos para determinar o direito.

Empenham-se os revolucionários, portanto, em rechaçar tanto a ideia de origem divina do direito, substituindo-a por uma teoria racional, segundo a qual a única vontade estatal legítima é aquela que emana do povo, expressado na lei geral, a qual pautará a atuação pública⁹⁸. Submeter à Administração Pública à lei é garantir que as interferências estatais na vida dos administrados estariam canceladas em disposições impessoais e abstratas, não pela vontade da autoridade⁹⁹. Suprime-se o despotismo, que regia a monarquia absolutista, para dar espaço a uma autoridade constituída e limitada¹⁰⁰.

como a mais importante das colunas sobre as quais se edifica o Direito Administrativo (**Tratado de Derecho Administrativo – Volumen I (Parte General)**, 9.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 18). Para Marcelo Rebelo de Sousa, trata-se do primeiro dos princípios da atividade administrativa (**Lições de Direito Administrativo Vol. 1**. Lisboa: Lex, 1999. p. 81).

⁹⁵ Conforme explicado por Paulo Otero, embora seja possível observar a menção ao princípio da legalidade administrativa anteriores ao liberalismo, remontando mesmo aos escritos aristotélicos em defesa de um de leis em preferência a um governo de homens, “o princípio da legalidade é um produto directo da filosofia inspiradora do movimento liberal” (**Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 45).

⁹⁶ Maria João Estorninho afirma que a principal inovação do período liberal é a submissão de toda atividade da Administração Pública à lei (**A Fuga para o Direito Privado...** p. 33-34). Também Jacques Chevallier trata do assunto, afirmando que “se o Estado de Direito quer ser perfeito, ele deve estar em toda parte” (**O Estado de Direito**. Trad. Antonio Araldo Ferras Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.53).

⁹⁷ Com excesso de zelo, as lições de Maurice Hauriou demonstram que se falar em subordinação do Poder à lei é, em verdade, uma falácia, pois, não há como governar o direito sem a ajuda do poder; quando se impõe a um poder uma regra jurídica, se faz em razão de um outro poder oculto por detrás da regra. Explicou o autor que o Direito e o Poder são fenômenos não dissociáveis, pois é o Poder que cria e sanciona a regra de direito que irá limitar o poder (**Princípios de Derecho Público y Constitucional**. Trad. Carlos Ruiz Del Castillo. Madrid: Reus, 1927. p. 280-282).

⁹⁸ ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo** 1. 5.ed. Madrid: Civitas, 1991. p.432.

⁹⁹ Cf. MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 141-142. Em sentido semelhante: ARAGÃO, Alexandre. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 225, jul/set 2001. p. 113.

¹⁰⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 81.

Assim, o princípio da legalidade, orientado, sobretudo pelas bases teóricas propostas pelo Barão de Montesquieu e por Jean-Jacques Rousseau, se difunde. A fórmula política profetizada pelo Estado de Direito torna-se exitosa, vindo a concretizar-se nos Estados liberais do século XIX, tanto no continente europeu como no americano¹⁰¹. Visando a elidir o arbítrio, identificado como base do despotismo – que permitia que se governasse com pauta apenas em vontades e caprichos –, sustentou-se por necessária a instituição de um império da lei, resultante na heterovinculação da Administração Pública¹⁰².

Nos termos idealizados pelo liberalismo, a lei estaria “apta a regular todas as matérias sobre as quais o Estado mínimo sentia necessidade de intervir”, por representar o produto revelado pela verdade absoluta elaborada pelos representantes da vontade geral da sociedade, garantindo os direitos dos cidadãos perante o poder¹⁰³. Foi na lei que os revolucionários encontraram o instrumento adequado para assegurar a despersonalização do poder e a igualdade entre os governados, possuindo, por seu caráter genérico e geral, a virtude de unir a previsibilidade, racionalidade e justiça perseguidos para o aperfeiçoamento das relações sociais¹⁰⁴.

Imperava uma “quase divinização da lei”¹⁰⁵, a qual possuía uma força ilimitada¹⁰⁶ e poucos condicionamentos, não estando suscetível a qualquer controle judicial de validade. O Estado de Direito depositava confiança absoluta no direito, o qual se expressava através de um “fetichismo da regra”, crendo-se na capacidade do texto como suficiente para o alcance dos objetivos que lhe são atribuídos¹⁰⁷.

Dentro da principiologia da divisão dos poderes estatais iniciada pelo Estado liberal, ao Executivo cumpriria, exatamente, executar a lei posta pelo Legislativo

¹⁰¹ SILVA, Henrique Dias da. Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade. **Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**, Portimão, n. 6, maio/2015. p. 172.

¹⁰² OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 45-53.

¹⁰³ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 153.

¹⁰⁴ CORREA, João Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Almedina: Lisboa, 2003. p. 23-24

¹⁰⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 153.

¹⁰⁶ A título exemplificativo, note-se que a Constituição francesa pós-revolucionária de 1791 estatui, em seu art. 3º, que “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência” (tradução de: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa...** p. 09).

¹⁰⁷ Assim leciona Jacques Chevallier, que exemplifica: “(...) é pela transformação em direitos subjetivos que serão preservadas as liberdades individuais; é pela proclamação da soberania nacional que será garantido o princípio democrático; é pela afirmação da liberdade do comércio e da indústria que será protegida a sociedade civil dos riscos de ingerência estatal” (**O Estado de Direito...** p.53).

diante do caso concreto¹⁰⁸, ou seja, de editar atos singulares previamente disciplinados abstrata e genericamente pela lei, expressão da vontade geral¹⁰⁹. O Legislativo, a seu lado, vive o seu “momento de glória”, despontando como protagonista entre os Poderes estatais¹¹⁰.

3.1.1. As escolhas administrativas no estado liberal

Como no período liberal o intuito central é o de controlar o Estado, protegendo dos direitos dos particulares, o princípio da legalidade surge com uma formulação negativa, de forma que a lei é apenas um limite à atuação da Administração¹¹¹. A autoridade pública poderia fazer tudo que quisesse, com exceção daquilo que houvesse sido proibido pelo Legislador¹¹².

A reserva legal se limitava à atividade administrativa interventiva, ainda tímida no século XIX, a fim de assegurar o cidadão frente ao Estado¹¹³. Não interessava ao Legislativo regular mais do que a liberdade e a propriedade, enquanto direito do indivíduo, de forma que o princípio não determinava mais do que um pequeno domínio de vinculação à Administração Pública. O que não alcançava ao interesse da burguesia liberal, ficava à regulamentação da própria Administração, como as atividades internas e as ainda embrionárias atividades prestacionais¹¹⁴.

Embora as feições negativas da legalidade justificassem-se pelo próprio espaço reduzido de atuação estatal, havendo pouco o que se controlar, não se pode deixar de notar o paradoxo gerado. Ao mesmo tempo que o princípio representa o desiderato iluminista de subordinação estatal, ao não servir de habilitação do agir estatal, mas apenas como limite, permite a existência de um rol de atividades administrativas imunes à legalidade. O Estado estaria livre para fazer tudo aquilo que a lei permitisse, mas também tudo aquilo que a lei não proibisse, de forma

¹⁰⁸ ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo...** p.435.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa...** p. 09; BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 142 - 143.

¹¹⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal...** p. 33.

¹¹¹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo - Vol. II.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 53; DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14; SOUZA, Marcelo Rebelo. **Lições de Direito Administrativo Vol. 1...** p. 83.

¹¹² SOUZA, Marcelo Rebelo. **Lições de Direito Administrativo Vol. 1...** p. 104.

¹¹³ Cf. MAURER, Hartmurt. **Derecho Administrativo – Parte General.** Trad. Gabriel Doménech Pascual (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 153.

¹¹⁴ MAURER, Hartmurt. **Derecho Administrativo...** p. 153.

discricionária, livre em sua vontade, e escusada de controle jurisdicional¹¹⁵. Assim, apesar de toda a carga de desconfiança que os revolucionários possuíam com o Estado, pretendendo transformar a função administrativa em mera aplicação acrítica e não criativa da lei¹¹⁶, o princípio da legalidade surge com este “eco da nefasta doutrina do princípio monárquico”¹¹⁷, marcado ainda por sobejos do Estado de Polícia absolutista.

O Estado de Direito em construção deveria conciliar essa remanescente liberdade decisória do Estado com a finalidade restritiva do princípio da legalidade, de forma que se fortalece a ideia de que se deveria regulamentar ao máximo as atividades públicas, ao ponto que não houvesse lacunas impassíveis de controle jurisdicional¹¹⁸.

Nota-se, assim, no século XIX uma intensificação expressiva das atividades dos parlamentos que haviam sido criados nos Estados europeus e americanos¹¹⁹. Não só há uma inflação na atividade legislativa, como também a especialização do que é legislado. As leis passam a se apresentar cada vez mais com conteúdo técnico especializado, visando à precisão e ao detalhe¹²⁰.

Concomitantemente, populariza-se a ideia de que a atuação discricionária deve ser encarada como um corpo estanho e indesejável¹²¹, a ser suprimida¹²². Essa desconfiança para com o Poder Executivo remanesce, embora com menos popularidade, até os dias atuais, havendo no senso comum uma tendência a encarar “arbitrariedade” e “discricionariade” como sinônimos.

3.2. O ESTADO SOCIAL: MUTAÇÃO E CRISE DA LEGALIDADE

Com a crise do Estado liberal e a ascensão dos Estados sociais, no século XX, robustece-se a intervenção pública nos domínios tipicamente particulares, com o

¹¹⁵ Vide: DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariade Administrativa...** p. 10 – 15; MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução...** p. 184.

¹¹⁶ Cf. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 154.

¹¹⁷ Expressão utilizada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández ao analisar este momento histórico na realidade espanhola (**Curso de Derecho Administrativo...** p.437).

¹¹⁸ KRELL, Andreas J. **Discricionariade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos.** 2. ed. Porto Alegre: Libreria do Advogado, 2013. p. 13-14.

¹¹⁹ KRELL, Andreas J. **Discricionariade Administrativa...** p. 14.

¹²⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito...** p. 82.

¹²¹ KRELL, Andreas J, **Discricionariade Administrativa ...**p. 14.

¹²² “O ideal do estado de direito é a supressão de todo poder discricionário: as normas devem ser suficientemente precisas e detalhadas para comandar a integralidade da decisão daquele que então já não aparece mais como um simples executante” (**Estado de Direito...** p. 56)

consequente crescimento da própria estrutura Estatal, haverá também alterações na compreensão do princípio da legalidade¹²³⁻¹²⁴. Neste momento histórico, e nos Estados adeptos a estes regimes, a legalidade deixa de ser tão somente um limite do procedimento administrativo, para ser, também, seu fundamento¹²⁵, de forma que à Administração Pública apenas será dado fazer aquilo que autorizado pela lei¹²⁶, e tão somente pela lei¹²⁷, possuindo o papel de concretização da determinação legal, na forma do positivismo normativista kelseniano¹²⁸.

Ocorre que, ao mesmo passo que o Estado social representa um avanço, por submeter toda a atividade da Administração Pública ao sustentáculo da lei, promove um retrocesso, por ser o impulsor do fim da mitificação da lei enquanto manifestação da vontade geral do povo¹²⁹. Alguns motivos podem ser suscitados a justificar essa crise na concepção da legalidade.

Um, porque deixa o Poder Legislativo de ser a única fonte de normas legais; em meio ao fortalecimento do Poder Executivo e diante de uma realidade complexa, tecnicizada e cambiante, há a assunção, por este, de atribuições normativas¹³⁰. Ainda, porque o próprio Legislador passa a concentrar-se apenas no caráter formal das leis que edita, preterindo qualquer compromisso com a justiça¹³¹ e com a dinamicidade da vida real¹³². A três, porque na dinâmica política, é possível notar que a lei expressa, com maior intensidade, a vontade das maiorias parlamentares, com forte influência e controle também do Executivo, do que a vontade geral do

¹²³ Neste sentido, Jacques Chevallier enfatiza que a ascensão do poder do Executivo acarretou num processo de emancipação jurídica e na crise do princípio da legalidade (**Estado de Direito...** p. 60).

¹²⁴ O foco aqui a ser dado é na compreensão do princípio da legalidade nos Estados Democráticos, os quais possuem maior relevância à sequência lógica a ser traçada para compreensão do proceder administrativo atual. Para uma noção didática da legalidade fascista e da legalidade socialista, vide: AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo - Vol. II...**p. 54 - 56.

¹²⁵ AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo - Vol. II...**p. 56; DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa...** p. 24; ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga...** p. 176; SOUZA, Marcelo Rebelo. **Lições de Direito Administrativo Vol. 1...** p. 84.

¹²⁶ Massimo Severo Giannini destaca que a lógica da doutrina da época era que, enquanto para o sujeito privado, que age de forma privada, a lei é um limite à liberdade de agir, para a Administração Pública, que age como autoridade, a lei é um vínculo que regula cada elemento da ação (**Istituzioni di Diritto...** p. 262).

¹²⁷ SILVA, Henrique Dias da. Do Princípio da Legalidade... p. 173.

¹²⁸ ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria Geral...** p. 41; ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo...** p. 438.

¹²⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa...** p. 24-25. Tratando do mesmo período, Jacques Chavallier afirma que o Estado de direito tende a minar seus próprios fundamentos (**O Estado de Direito...** p. 83).

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa...** p. 18 e 25; MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução...** p. 143; BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo...** p. 138-140; ARAGÃO, Alexandre. Princípio da Legalidade... p. 110.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa...** p. 25-26; BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo...** p. 134-135.

¹³² MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução...** p. 143; CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito...** p. 82.

povo¹³³, como pretensamente deveria¹³⁴. Também, por conta da inflação legislativa, impulsionada, sobretudo pela ampliação das funções estatais no Estado social, banalizando-se a lei¹³⁵ e comprometendo-se os ideais de segurança e certeza jurídica¹³⁶.

Evidencia-se uma “imperfeição intrínseca da lei”¹³⁷, os seus limites¹³⁸. Num contexto de valorização e prossecução do bem-estar social, se faz forçoso que haja respostas rápidas e especializadas para as mais diversas necessidades que emergem da sociedade, que escapam às capacidades do Legislador, de forma que ganha relevo a função executiva e concretizadora da Administração Pública¹³⁹.

Assim, a própria lei se mostra instrumento insuficiente para representar todas as necessidades da coletividade e estabelecer, hipotética e previamente, as melhores formas de satisfazê-las¹⁴⁰. Com efeito, as mudanças engendradas pelo Estado Social, exigindo o reforço dos meios e a potencialização qualitativa dos fins, não poderiam mais ser suficientemente garantidas pela lei, que, por vezes, poderia ser mesmo um fator de rigidez e irracionalidade¹⁴¹. O objeto da atuação enlarguece-se de uma forma tal, para alcançar uma realidade exterior ampla e móvel, a exigir da Administração uma permanente adaptação e conexão com as concepções técnicas que apenas são possíveis a partir da outorga normativa de liberdade¹⁴².

¹³³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução...** p. 143-144; BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo...** p. 140-141; MOREIRA NETO, Diogo Figueredo. **O Direito...** p. 134.

¹³⁴ A representação legislativa da popular, desde os primeiros momentos após a revolução francesa, demonstrava-se mítica, pois, como observa Alexandre Aragão, as eleições eram censitárias e “tal ‘vontade’, deriva não ‘da nação’ ou ‘do povo’, mas da maioria dos seus representantes, eleitos pela parcela da população que pagava uma certa quantia mínima em tributos” (Princípio da Legalidade... p. 114). Com sobriedade, demonstra Paulo Otero a informalidade que permeia o processo legislativo, sendo de se destacar sua chamada de atenção para o fato de que “a aprovação de leis ordinárias pelo parlamento pode expressar o resultado de negociações informais interpartidárias, senão mesmo de acordos entre o Governo e um ou alguns deputados individualmente considerados (**Legalidade e Administração Pública...** p.183).

¹³⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito...** p. 82.

¹³⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo...** p. 134; GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e O Direito Pressuposto.** 7. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2008. p. 185-187; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução...** p. 144.

¹³⁷ Expressão cunhada por Paulo Otero (**Legalidade e Administração Pública...** p. 158). Para Carla Amado Gomes, a reserva de lei conteria em si mesma um veneno letal a tornar incontornável a abertura da lei à discricionariedade (**Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente.** Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Lisboa, 2007. p.142).

¹³⁸ CHEVALLIER, Jacques. **Public Administratio in Statist France...** p. 745-746.

¹³⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 158. Ver ainda: Maria João Estorninho, segundo quem a “actuação intervencionista do Estado nem sempre é exequível através da organização burocrática tradicional da Administração Pública, pelo que esta precisa de recorrer a novos modelos de organização e actuação mais flexíveis e dinâmicos” (**A Fuga para o Direito Privado...** p. 39).

¹⁴⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 158.

¹⁴¹ Cf. CHEVALLIER, Jacques. **Public Administration in Statist France...** p. 745-746.

¹⁴² Cf. MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 548.

É, ainda, neste cenário, que emergem nos Estados europeus ideais constitucionalistas, advogados da Constituição como norma; e não qualquer norma, mas gozando de supremacia, tanto material como axiológica, no ordenamento jurídico, a condicionar “a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política”¹⁴³.

Com efeito, em tempos de valorização do formalismo, nos quais se acreditava na lei como produto da vontade geral, não haveria de ser questionada a sua justiça, uma vez que se idealizava que o cidadão não produziria para si nada além do justo¹⁴⁴. Com efeito, nota-se já nas lições de Thomas Hobbes a ideia de que o Estado não poderia fazer nada de injusto contra o cidadão, uma vez que este é o autor de todos os atos praticados por aquele¹⁴⁵.

Contudo, a realidade demonstrou a fragilidade dessas máximas de ordem ideológicas. Submetendo-se a Administração Pública apenas à lei, e sendo esta impassível de questionamentos, abrem-se as portas para a injustiça e opressão¹⁴⁶. Assim, diante do fracasso dos ideais tradicionais do liberalismo e em meio aos esforços de superação dos espólios nefastos da Segunda Guerra Mundial, necessário era controlar, também, a criação do Direito¹⁴⁷, promovendo a reaproximação deste à moral, à ética, aos valores da sociedade¹⁴⁸. O instrumento para tanto seria, então, a Constituição, que estaria apta não só a organizar o Estado e condicionar o poder, mas a traçar suas diretrizes, suas prioridades, devendo ser observada no exercício das funções públicas, como requisito de legitimidade¹⁴⁹.

A convergência dessas situações promove, portanto, uma crença na crise liberal de perfeição da lei, desgastando gradualmente a divinização que a rondava,

¹⁴³ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 39.

¹⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo...** p. 134-135.

¹⁴⁵ No original: “(...)nada pode fazer um representante soberano a um súdito, sob nenhum pretexto, que possa vir a ser propriamente chamado injustiça ou injúria. Isso porque cada súdito é autor de todos os atos praticados pelo soberano” (HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 154).

¹⁴⁶ SILVA, Henrique Dias da. **Do Princípio da Legalidade...** p. 173.

¹⁴⁷ Maurice Haouriou já alertava, antes mesmo da Segunda Grande Guerra, a necessidade de limitação das funções do Poder que criam as regras de direito, pois uma regra defeituosa, conforme observava, é um perigo grave à liberdade social (**Princípios de Derecho...** p. 282-284).

¹⁴⁸ Nas palavras de Gustavo Binjenbojm: “Com o fracasso da lei e o enfrentamento do cenário pós-guerra, se aposta nas Constituições como garantidoras da justiça e dos direitos dos cidadãos, passando a ser a principal fonte da disciplina jurídica” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo...** p. 135 – 136).

¹⁴⁹ Conforme notado por Paulo Otero, a evolução do constitucionalismo que ocorre ao longo do século XX, além de instituir a supremacia da norma constitucional, promove a passagem dos textos flexíveis para as constituições rígidas, impondo limites à soberania decisória do Legislador, colocando limites procedimentais e materiais ao exercício de sua função (cf. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 155).

que culminará numa reforma no modo de regulamentação do procedimento administrativo, própria forma de legislar a atividade da Administração Pública.

3.3. A ABERTURA REGULAMENTATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A partir da segunda metade do século XX, inicia-se um processo de complexização das demandas da sociedade que alcança os dias atuais¹⁵⁰. O crescente surgimento de novas necessidades coletivas a serem atendidas pelo Estado exige respostas rápidas e especializadas que nem sempre poderiam ser respondidas de forma adequada e suficiente pelo Legislador, de tal maneira que cresce a importância na função administrativa enquanto concretizadora dos anseios sociais¹⁵¹. Se impossível prever todas as possíveis situações no bojo da atividade administrativa, resta ao Legislador conceder ao Administrador liberdade decisória em cima de suas prescrições¹⁵². Assim, o Estado intervencionista exige do Poder Público uma nova forma de governar, na qual o Executivo acaba por assumir uma presença mais proeminente, sendo-lhe concedido maiores poderes¹⁵³.

Trata-se de tendência que se adequa, portanto, às atuais reformas da Administração Pública, as quais investem em máximas de autonomia e responsabilidade aos Gestores Públicos. É necessário garantir-se “maior grau de liberdade decisória para a implementação do gerenciamento”¹⁵⁴. A lei deixa de ser, portanto, a soberana fonte normativa do proceder administrativo, para, atendendo às demandas por celeridade e eficiência, conferir espaço decisório às autoridades públicas, ao revés de intentar regular por completo determinadas matérias¹⁵⁵.

Nota-se, em diversos Estados de tradição europeia-ocidental, uma tendência ao enfraquecimento do legalismo, ou seja, a diminuição da intensidade da disciplina legal, que acontece de forma generalizada por manifestações de autocontenção do Legislador¹⁵⁶. O modelo tradicional de legalidade, rígido e fechado, cuja pretensão era reduzir a Administração Pública a mero aplicador mecânico da lei, torna-se

¹⁵⁰ V. Supra, item 2.3.

¹⁵¹ Cf. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 158.

¹⁵² ARAGÃO, Alexandre. **Princípio da Legalidade...** p. 116.

¹⁵³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal...** p. 106-107.

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa...** p. 52.

¹⁵⁵ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo...** p. 139; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Legalidade, Eficiência e Controle...** p. 204-205.

¹⁵⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de. **Teoria Geral...** p. 44.

obsoleto, abrindo espaço para uma progressiva indeterminação das normas, a qual favorece a densificação do comando por parte do Gestor¹⁵⁷.

Se anteriormente, em um Estado de bases liberais, era mais factível aproximar-se do ideal de obter-se clareza e segurança absolutas através do rigor legal, com o avançar para o Estado Social, torna-se impossível garantir a univocidade entre a Lei e todos os atos administrativos¹⁵⁸. Assim, a lei ganha em capacidade de intervenção, ampliando cada vez mais a quantidade e qualidade de matérias sob sua abrangência, mas perde em clareza¹⁵⁹.

Neste panorama, o Legislador mostra-se mais propenso à edição de normas que se limitam a objetivos e resultados¹⁶⁰, voltando-se muito mais à eleição de diretrizes e regras básicas do que à predeterminação exaustiva do procedimento a ser seguido. A utilização de conceitos indeterminados, a preferência pelas enumerações exemplificativas, por cláusulas gerais, o estabelecimento de meros critérios materiais para ponderação tornam-se inevitáveis, ainda que paradoxalmente, para salvar a utilidade da lei¹⁶¹.

Ganham força, pois, aquelas que podem ser chamadas de “normas-objetivos”¹⁶², nas quais se prescreve a perseguição de determinados objetivos, fins e metas, concedendo-se espaços para a escolha dos meios adequados à solução dos casos concretos¹⁶³. Concede-se alto poder de integração do conteúdo legal para o administrador, referindo-se, tais leis de baixa densidade normativa, a conteúdos genéricos que se retratam “valores morais, políticos e econômicos existentes na sociedade (saúde pública, competição no mercado, universalização do ensino, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização etc.)”¹⁶⁴.

¹⁵⁷ Assim também nota Bernardo Diniz de Ayala, que nota, na contemporaneidade, uma tendência de evolução do princípio da separação dos poderes pela qual se comporta a “diminuição da densidade normativa dos preceitos legais”, por uma via na qual “o legislador abdicaria de parte do tratamento de certa matéria em benefício da função administrativa” (**O (défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa**. Lisboa: Lex, 1995. p. 31).

¹⁵⁸ Em sentido semelhante: ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 206.

¹⁵⁹ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 549.

¹⁶⁰ GONÇALVES, Pedro. **Regulação, Eletricidade e Telecomunicações**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 45.

¹⁶¹ Conforme Paulo Otero, que se refere a uma “intencional imperfeição ou incompletude” de normas (**Legalidade e Administração Pública...** p. 150 e 162).

¹⁶² Expressão de Eros Roberto Grau (**O Direito Posto...** p. 185).

¹⁶³ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa...** p. 16-17. Em sentido semelhante, Carla Amado Gomes expõe que a formulação das normas “deixa transparecer convulsões internas, por força da necessidade de operacionalização da lógica de direcção por objectivos, concedendo à Administração uma margem de ponderação compositiva dos vários interesses em presença (**Risco e Modificação do Acto...** p. 141).

¹⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre. **Princípio da Legalidade...** p. 123.

Há ao menos duas consequências imediatas deste modelo de legislação, que se preocupa menos em pré-determinar a conduta administrativa do Estado: (1) permite que a densificação normativa (*lato sensu*) ocorra através de atividade infralegal¹⁶⁵ e concreta, mais facilmente reformável, o que facilita a atualização das diretrizes; e (2) garante espaços decisórios à Administração Pública, permitindo que esta realize opções em face do caso concreto, de forma a adotar as melhores soluções para atendimento da necessidade que se lhe apresenta¹⁶⁶, ponderando os interesses envolvidos¹⁶⁷ e prosseguindo finalidades públicas.

Essa dessacralização da lei – e do próprio Direito Administrativo, que possui em sua gênese a pretensão de criar vínculos rígidos ao proceder do gestor público – possibilita, portanto, a racionalização do uso de seus instrumentos e institutos. Adota-se estratégias orientativas, para que, à luz da realidade, possa encontrar-se os meios mais eficientes para concretização dos desideratos postos¹⁶⁸. Reforça-se o compromisso com os resultados concretos da atuação da Administração Pública, ao abrandar a regulamentação de seus meios, permitindo a adoção de estratégias de forma crítica e flexível – não mais previamente e estaticamente postas¹⁶⁹⁻¹⁷⁰.

3.4. O NÚCLEO DE ESSENCIALIDADE

¹⁶⁵ Concorde-se, aqui, com Alexandre Aragão, para quem não é necessário que a lei fixe os direitos e obrigações, podendo, simplesmente, definir a habilitação legal concedendo poderes à Administração Pública, definindo, ainda, princípios, finalidades, políticas públicas ou *standards*, que parametrizem seu exercício e seu controle (A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 236, abr/jun 2004, p. 58). Assiste razão também a Marçal Justen Filho, que demonstrar que a “atuação inovadora do Executivo, por via regulamentar, reflete uma necessidade relacionada à produção normativo”, pois o legislativo não dispõe de condições todas as soluções, de tal forma que a lei demanda complementação (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2012. p. 202).

¹⁶⁶ Também neste sentido, Luís S. Cabral de Moncada expõe que “o legislador remete a decisão final para o critério do agente administrativo sempre mais perto das realidades e mais afeiçoado às particularidades do caso concreto de acordo com o seu prudente discernimento em ordem à melhor prossecução do interesse público que a lei corporiza” (**Autoridade e Liberdade...** p. 532).

¹⁶⁷ Conforme a lição de Jorge Reis Novais, “a norma habilitante procura, em última análise, propiciar a realização ulterior de um equilíbrio entre os bens ou interesses conflitantes, o que obriga o legislador a uma abertura – seja no lado dos pressupostos de facto, seja no lado da estatuição ou na conjugação de ambos – capaz de permitir, consoante as circunstâncias concretas da colisão, soluções que dêem prevalência ora a um bem ora a outro” (**As Restrições...** p. 833).

¹⁶⁸ RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O Direito Administrativo como “Caixa de Ferramentas”**: Uma Nova Abordagem da Ação Pública. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 67-68.

¹⁶⁹ RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O Direito Administrativo como “Caixa de Ferramentas”**... p. 66.

¹⁷⁰ Luís S. Cabral de Moncada demonstra que a liberada administrativa é especialmente apropriada para o tratamento de políticas pública, as quais, por sua natureza finalista, por envolverem problemas complexos e exigirem a convocação de saber especializados, muito mais ao alcance da própria Administração que as executa (**Autoridade e Liberdade...** p. 578 Luís S. Cabral de Moncada expõe que o agente administrativo está “sempre mais perto das realidades e mais afeiçoado às particularidades do caso concreto” (**Autoridade e Liberdade...** p. 532).

A abertura normativa diagnosticada, entretanto, não deve se apresentar de tal forma a constituir uma carta branca à Administração - mesmo porque este sempre estará vinculado aos princípios do ordenamento jurídico e às normas constitucionais, mormente as de direitos fundamentais -, nem mesmo deve anular o papel do Legislador em matéria de Direito Administrativo. É de se defender, outrossim, a necessidade de manutenção de núcleo essencial da matéria juridicamente relevante versada normativamente na própria lei¹⁷¹.

Convém, portanto, que, para as matérias mais importantes, a lei reserve para si o tratamento, com a adequada densidade normativa¹⁷². Revela-se, portanto, que a reserva de lei, para além de seu alcance horizontal, referente às matérias que atinge, possui uma vertente vertical, a requerer que para as matérias mais essenciais recebam um tratamento mais denso¹⁷³.

A garantia de matérias e fatores essenciais sobre a atuação da Administração Pública na lei permite que a reserva legal preserve sua finalidade originária, de garantia dos particulares em face do poder estatal, bem como de segurança jurídica, inclusive de proteção da confiança do cidadão na previsibilidade da atuação pública¹⁷⁴, e de garantia do sistema democrático. Ao mesmo tempo, habilita a Administração a agir conformando as situações jurídicas que se lhe apresentam¹⁷⁵. A manutenção de determinações basilares em texto legal permite a garantir que o administrador execute de forma correta a lei, e, ao mesmo tempo, seja controlado¹⁷⁶, caso assim não o faça. O conteúdo essencial evita, destarte, a proliferação de leis de densidade normativa excessivamente baixa, permissivas de qualquer resultado em sua aplicação¹⁷⁷.

¹⁷¹ Tal como explicado por Jorge Reis Novais (**As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 829-830), a teoria da essencialidade foi desenvolvida pela Tribunal Constitucional alemão e vem ganhando crescente apoio doutrinário e jurisprudencial, pois, ao mesmo tempo que impõe que certas matérias, ditas essenciais, sejam tratadas pelo Legislador, o escusa de legislar exaustivamente sobre questões não essenciais. Por óbvio que, como qualquer outra teoria jurídica, a sua utilização em outros sistemas jurídicos que não aquele de seu de origem impescinde de análises cuidadosas sobre seus fundamentos e consequência, e mesmo de adaptação para a realidade jurídico, social, cultural e econômica que a recepiona. Não cabe ao objeto deste estudo tais análises; o que se pretende, apenas, é demonstrar a relevância da manutenção em sede legal de elementos essenciais da matéria que habilitará a atuação da Administração Pública.

¹⁷² MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 533.

¹⁷³ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 576.

¹⁷⁴ Cf. ROCHA, Joaquim Freitas da. *A Falta de Qualidade...* p. 210.; MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 577.

¹⁷⁵ GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto...** p. 142.

¹⁷⁶ Nessa linha, Alexandre Aragão propõe que “as atribuições de poderes pela lei devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle; princípio aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, *standards*, etc. (A Concepção Pós-Positivista... p. 62).

¹⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre. *A Concepção Pós-Positivista...* p. 62

A mais, a estabilidade legislativa vem a contribuir com a atração de investimentos, sendo certo que a mudança recorrente de leis gera um sentimento de afastamento, e, ainda, com problemas jurídicos atinentes a questões de interpretação, integração e resolução de conflitos para os aplicadores, sobretudo nos Tribunais, os quais contribuem com a má qualidade técnica e tempestividade das atividades jurisdicionais¹⁷⁸ e, portanto, devem ser evitados. Assim, pode-se considerar por essencial, ainda, a sede legal de mandamentos que visem a garantir a estabilidade necessária para segurança dos investidores e para a prevenção de problemas na aplicação do Direito.

Ainda que seja possível levantar-se críticas acerca das reais qualidades da atividade legislativa – as quais não se confundem com aquelas idealizadas no passado, como visto –, não se pode negar-lhe relevância no Estado Democrático de Direito. A legislação parlamentar, ademais de abstrata e geral, possui, em tese, legitimidade democrática reforçada – uma vez que são, os parlamentares, representantes de todos os cidadãos – e possui habilitação funcional garantida pelas características especiais que o processo legislativo tende a ter em cada Estado¹⁷⁹, a fim de garantir sua transparência, publicidade, participação e pluralismo¹⁸⁰. Assim, justifica-se a defesa de necessidade de hetero e predeterminação legislativa da atividade administrativa em ralação a determinados domínios mais sensíveis ou relevantes à comunidade¹⁸¹.

Procura-se, portanto, a boa medida, a fim de garantir as finalidades do princípio da legalidade – sem, contudo, apostar-se num formalismo extremo que vem a encerrar as patologias acima expostas – e, ao mesmo tempo, dispor de margens normativas de apreciação administrativa, com o intuito de contribuir com o agir eficiente de uma Administração finalisticamente orientada. Quanto mais essencial seja um assunto para o cidadão e ou para a coletividade, maior deverá ser a densidade da regulação legislativa¹⁸².

¹⁷⁸ ROCHA, Joaquim Freitas da. A Falta de Qualidade Legislativa como Obstáculo à Aplicação Jurisdicional. **Revista Julgar**, Coimbra, nº 20, 2013. p. 210.

¹⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições...** p. 833.

¹⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições...** p. 839.

¹⁸¹ É a conclusão a que chega Jorge Reis Novais, à qual, aqui, apresenta-se concordância (**As Restrições...** p. 833).

¹⁸² Assim explica Hartmurt Maurer (**Derecho Administrativo...** p. 153.), ao analisar a essencialidade nos termos compreendidos na Alemanha, onde a teoria serve inclusive de parâmetro para controle judicial da legislação. A doutrina e jurisprudência alemã associam a essencialidade à teoria dos direitos fundamentais, sendo essencial o que for essencial para a realização desses direitos (p. 154). Essa possibilidade dos Tribunais fiscalizarem as atividades do Legislador quanto a necessidade de maior ou menor densidade no versar sobre determinadas matérias, a partir do que se compreende de

3.5. UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VINCULADA AO DIREITO

O princípio da legalidade como originalmente imaginado, ou seja, enquanto uma solução divina apta a garantir os direitos dos cidadãos pela máxima vinculação do procedimento administrativo mostra-se falha. A sua derrocada, contudo, mostra-se muito mais conceitual; quer-se dizer, o princípio continua a ser relevante, mas não mais pode ser compreendido como foi na modernidade. A legalidade não deixa de ser um princípio importante, sendo ferramenta essencial para manutenção do Estado de Direito, apenas evolui conceitualmente, junto com o Direito Administrativo que lhe é residência.

Com efeito, o advento do Estado Democrático de Direito e constitucionalização do Direito Administrativo não permitem que o princípio da legalidade se atenha a um conceito meramente estrito e formal de lei¹⁸³, nem mesmo que se imagine que apenas regras constituem normas, olvidando-se a existência de normas-princípios no sistema¹⁸⁴.

Assim, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, inicia-se a superação da concepção formalista tradicional do Estado de Direito¹⁸⁵, para permear-se por valores republicanos, democráticos e sociais¹⁸⁶. Isso reflete na concepção jurídica do princípio da legalidade, de forma que alguns países passam a positivar em suas Constituições que a Administração Pública se submete à Lei e ao Direito¹⁸⁷.

sua essencialidade, não receberá maiores análises neste estudo por dois motivos, por se considerar uma questão que depende demasiadamente da realidade jurídica de cada Estado, sobre a fundamentalidade dos direitos e o controle de constitucionalidade em cada ordem constitucional, merecendo um estudo mais apurado, possivelmente em um estudo monográfico próprio.

¹⁸³ Conforme Charles Eisenmann, no sentido do já anteriormente tratado, “tal foi, na verdade, por muito tempo, a concepção incontestada: o princípio de legalidade norteava-se, exclusivamente, pela relação leis-atos administrativos; na posição de órgãos, traduzia unicamente a situação dependente entre a Administração e o Parlamento-Legislator”. (O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n.º 56. Rio de Janeiro: FGV, 1959. p. 49)

¹⁸⁴ Juan Carlos Cassagne que os princípios alcançam um auge nos países europeus, originando um processo que afasta a supremacia da lei, juntamente com uma série de dogmas que com ela compunham o quadro básico do positivismo legalista (**Os Grandes Princípios do Direito Público: Constitucional e Administrativo**. Tradução de Marly Peres. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 26). Ver também: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 164.

¹⁸⁵ “A partir da Segunda Guerra Mundial, a maioria dos dogmas antigos caiu nos principais países europeus de forma bastante generalizada e uniforme (CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes...** p. 28).

¹⁸⁶ Conforme destaca Jacques Chevallier, dando destaque especial ao art. 28 da Lei Fundamental da República Federal Alemã, de 23 de maio de 1949, que estabelece que “a ordem constitucional dos Länder deve estar conforme aos princípios de um Estado de Direito republicano, democrático e social no sentido da presente Lei fundamental” (**O Estado de Direito...** p. 58).

¹⁸⁷ É o que se nota na Lei Fundamental Alemã de 1949 (art. 103, n.1) e na Constituição Espanhol de 1978 (art. 103, n. 1), por exemplo. Em Portugal, a previsão ficou em sede infraconstitucional, à cargo do Código de Procedimento Administrativo (art. 3º, do CPA d 1991, repetido também no art. 3º, do CPA de 2015).

Na França, em específico, o movimento de evolução do conceito de legalidade ocorre com grande influência pretoriana. Em reação à nova autonomia normativa concedida à Administração Pública, o juiz administrativo passa a necessitar criar novos expedientes para preencher as lacunas da legalidade, valendo-se, sobretudo, dos princípios¹⁸⁸. Desponta, assim, a teoria do “bloco de legalidade”, a definir que a subordinação jurídica da Administração à Constituição, às normas de direito internacional, e aos princípios jurídicos, mesmo aqueles de origem jurisprudencial. Pode-se ainda acrescentar-se a esse bloco os contratos firmados pela Administração Pública e os atos constitutivos de direitos, posto que condicionantes da atuação administrativa¹⁸⁹.

Evolui, portanto, a concepção do princípio da legalidade, a justificar a sujeição do Gestor Público não apenas à Lei, mas a todo o direito, como um verdadeiro bloco de legalidade, abrangendo a Constituição – regras e princípios – e todos atos normativos do Legislativo, do Executivo e da própria Administração Pública¹⁹⁰.

Não se pode negar, entretanto, a ligação intuitiva entre legalidade e lei, o que dificulta a percepção de uma relação senão com a própria¹⁹¹. Assim, tem-se tendencialmente referido-se ao “princípio da juridicidade” para indicar essa legalidade ampla¹⁹², mais rica e completa que a legalidade formal.

Poder-se-á oferecer oposição à inclusão dos regulamentos – ou seja, das normas infralegais editadas pela própria Administração – num mesmo rol de vinculação do procedimento administrativo que a lei, por não possuir a mesma força que esta¹⁹³. Não se concorda, entretanto, com tal posicionamento. O que se define é um núcleo de proposições que vinculam a Administração Pública, mesmo que de

¹⁸⁸ Assim explica Jacques Chevallier, que complementa: “tudo ocorre como se o juiz administrativo tivesse se esforçado para amortecer os abalos brutais que então conhecia a ordem jurídica e suprir uma legalidade tornada deficiente para assegurar a continuidade de certos princípios fundamentais do direito” (**O Estado de Direito...** p. 62-63).

¹⁸⁹ SOUZA, Marcelo Rebelo. **Lições de Direito Administrativo Vol. 1...** p. 86-87; AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo - Vol. II...**p. 56-57; SILVA, Maria Aline Gago da; BRUXO, Jorge Baptista. **Princípios Jurídicos da Administração Pública**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moera, 1985. p. 211-213; SILVA, Henrique Dias da. **Do Princípio da Legalidade...** p. 184.

¹⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Discricionariedade Administrativa...** p. 38 e 45.

¹⁹¹ Trata-se de advertência formulada por Charles Eisenmann, embora não para defender um sentido amplo de legalidade, como o defendido aqui, uma vez que, confrontando a teoria do bloco de legalidade, opta por uma concepção mais restritiva, voltado exclusivamente à lei. (**O Direito Administrativo...** p. 49 e 50).

¹⁹² Destaca-se as lições sobre o princípio da juridicidade do professor português Paulo Otero (**Legalidade e Administração Pública...**). No Brasil, indica-se a leitura dos ensinamentos de Gustavo Binembomj (**Uma Teoria do Direito Administrativo...**). Ver também: SILVA, Henrique Dias da. **Do Princípio da Legalidade...** 182-184;

¹⁹³ Nesse sentido, Charles Eisenmann, que, com posicionamento tradicionalista, enfatiza que as leis não podem ser modificadas pela Administração Pública, sendo, assim, superiores a esta, não podendo ser colocadas em um mesmo grupo em que estão os regulamentos administrativos (**O Direito Administrativo...** p. 49 e 50).

diferentes graus de hierarquia e força normativa. Com efeito, o gestor encontra-se vinculado – habilitado a agir e limitado em seu agir – à Constituição, norma de maior grau hierárquico em um ordenamento jurídico nacional, mas também a normas infralegais, ainda que as tenha editado e possua o poder de anulá-las ou reformá-las.

A legalidade ampla não pretere a hierarquia das normas, a qual ainda deve ser respeitada¹⁹⁴. Embora os regulamentos possuam hierarquia inferior às leis e a elas subordinem-se, é de se notar que também compõem normas que vinculam e habilitam a atuação administrativa, assim como compõe base para controle do procedimento administrativo¹⁹⁵.

De igual forma que os negócios jurídicos e atos singulares da administração, que vincularão e habilitarão a Administração, mas jamais poderão conceder-lhe competências para além daquelas estabelecidas pelo ordenamento jurídico¹⁹⁶. Assim, ainda que hierarquicamente inferiores às normas do ordenamento jurídico, podem ser compreendidos como componentes do bloco de legalidade.

A Juridicidade revela um conceito atualizado da legalidade, veiculando uma ideia de vinculação ao Direito não exclusivamente legal, mas a todo ordenamento jurídica, princípios e regras, a partir do sistema normativo delineado pela Constituição¹⁹⁷. A crise anteriormente apresentada, portanto, não é propriamente do princípio da legalidade, como introduzido, mas de seu conceito, que se transforma para adequar-se ao novo direito e às novas demandas socioeconômicas dos Estados na atualidade¹⁹⁸.

Enfim, o que se nota é uma tendência aparentemente paradoxal, na qual, por um lado, aumenta-se a margem de autonomia decisiva da Administração Pública, mas, ao mesmo tempo, aumenta-se a sua margem de vinculação¹⁹⁹. Com efeito, ao mesmo passo que a lei passa a disponibilizar margem de decisão à Administração

¹⁹⁴ Em sentido semelhante: CHEVALLIER, Jacques. O Estado de Direito... p. 64-65; e **Legalidade e Administração Pública...** p. 554-555.

¹⁹⁵ Eros Roberto Grau firma que a “desmistificação da legalidade pressupõe a compreensão de que “a legalidade será observada ainda quando a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo” (**O Direito Posto...** p. 179).

¹⁹⁶ Em sentido semelhante, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández aludem que “la potestade no se genera em relación jurídica alguna, ni em pactos, negócios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede diretamente del ordenamento (**Curso de Derecho Administrativo...** p. 441).

¹⁹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** p. 147-149.

¹⁹⁸ Desmistificando os dogmas relacionados à legalidade, Eros Roberto Grau conclui que “a imagem de crise do direito, de toda sorte, é uma falta imagem: não é o direito, senão o direito burguês, do século passado (=direito moderno/direito formal) que se vem transformando, para adequar-se à evolução do capitalismo, apto a bem servi-lo” (**O Direito Posto...** p. 190).

¹⁹⁹ Cf. AYALA, Bernardo Diniz. **O (défice de) Controle...** p. 35.

Pública, emerge, em doutrina, jurisprudência e, mesmo, em positivado nos ordenamentos jurídicos, uma concepção alargada do princípio da legalidade, que o vincula não só a regras legais, mas ao direito.

4. A LIBERDADE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Vencida a análise das mudanças que ocorrem no proceder administrativo, sobretudo no aspecto das vinculações exercidas pelo Direito no agir e nas escolhas da Administração Pública, avança-se a uma apreciação com foco especial na liberdade no procedimento.

Como visto, na evolução para uma Administração finalística, voltada aos resultados, vivencia-se uma tendência de aumento dos espaços de liberdade apreciativa no proceder dos agentes públicos, o que não vem a ocorrer, entretanto, sem uma reformulação do conceito do princípio da legalidade. Quer-se dizer, ao mesmo passo que o Legislador se contém em predeterminar todo o agir da Administração Pública por regras, como antes de pretendia, havendo maiores permissões legais para apreciações e escolhas, avança-se no reconhecimento de uma legalidade ampla a vincular as condutas administrativas, contida no conceito de princípio da juridicidade anteriormente introduzido.

Avançando, portanto, dedicar-se-á espaço a apreciações sobre a dita liberdade de proceder da Administração, a iniciar-se pela revisão conceitual da discricionariedade, que na Administração de resultados possui relevância reconhecida diante de uma vinculação administrativa ampliada, não mais podendo ser identificada como liberdade plena e absoluta para decidir.

4.1. DISCRICIONARIEDADE: A CONSEQUENTE NECESSIDADE DE REVISÃO CONCEITUAL

Nos ideais liberais do Estado de Direito, conforme já analisado, a discricionariedade é indesejada. Contudo, no avançar para a contemporaneidade, o enfrentamento dos limites da lei e da necessidade de atuação estatal em cada vez mais esferas e de forma cada vez mais técnica e eficiente, revela-se a necessidade de concessão de maiores espaços decisórios para a Administração Pública²⁰⁰.

No início da modernidade, compreendia-se a identificação da discricionariedade como uma imperfeição sistêmica. Num contexto histórico no qual

²⁰⁰ Em sentido semelhante, Bernardo Diniz de Ayala que o “actual Estado Social de Direito enquanto entidade prestadora e constitutiva de deveres positivos a cargo da Administração Pública, cujo cabal cumprimento e articulação pressupõe, pelo menos, alguma margem de livre decisão” (**O (défice de) Controlo...** p. 32).

se sustenta a proteção do cidadão frente ao Estado através da submissão deste à lei, e somente a ela, toda a atuação não legalmente vinculada da Administração Pública estaria imune ao controle jurisdicional. Assim, qualquer autonomia pública era rejeitada.

Ocorre que, mesmo no Estado liberal, não havia como eliminar a discricionariedade administrativa. Com efeito, a submissão total da Administração à lei, esgotando toda e qualquer margem decisória a esta, é irrealizável e ilusória²⁰¹. Não há como o Legislador antever todos os fatos sociais juridicamente relevantes, sobretudo no que concerne à Administração Pública, que, em seu dever de refletir a dinâmica social, se necessita dinâmica e progressiva²⁰². Não é possível, no processo legislativo, realizar-se um cálculo completamente seguro de todas as necessidades públicas, realizando preceitos que consigam vincular integralmente o agente público a uma atividade meramente mecânica, pois a necessidade que confronta é hipotética²⁰³. A mais, trata-se de processo demasiado formal e complexo, que nem sempre pode atender com a prontidão exigida por certas necessidades que despontam da sociedade ou mesmo estar sempre a par das melhores soluções a cada caso.

É, portanto, a Administração Pública que, com mais propriedade, confronta necessidades públicas concretas²⁰⁴ e possui aptidão a agir em tempo hábil para atende-las. Não se subestima a importância das decisões legislativas, entretanto. Como já se houve de explicar, é de inafastável importância que o Legislador continue responsável por ditar a disciplina normativa das temáticas essenciais da sociedade, das matérias mais sensíveis à realidade socioeconômica para a qual legisla.

A discricionariedade é conveniente em determinadas situações, uma vez que permite que a Administração possa adotar condutas que melhor atendam ao interesse público, adequando-se às necessidades da situação concreto e

²⁰¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo...** p. 142; ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo...** p.454.

²⁰² Cf. FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 134.

²⁰³ Rogério Guilherme Soares Ehrhardt, neste sentido, expõe que “em caso algum se julga o legislador de tal modo seguro do seu cálculo da necessidade pública que vincule, integral e mecanicamente, o agente a um certo comportamento típico. Nunca pode a lei perder de vista que a necessidade pública que ela serve é uma necessidade fria, esquemática, irreal; que a que se oferece ao agente é a necessidade concreta, com todo o calor e sugestão da vida real” (**Interesse Público, legalidade e mérito**. Coimbra: Coimbra, 1955. p. 208).

²⁰⁴ Nesse sentido, Luis S. Cabral de Moncada expõe que o agente administrativo está “sempre mais perto das realidades e mais afeiçoado às particularidades do caso concreto” (**Autoridade e Liberdade...** p. 532).

empregando conhecimento empírico e técnico. A minuciosidade rigorosa, em certas circunstâncias, poderá ser um perigoso entrave à realização dos resultados buscados pela atividade administrativa²⁰⁵.

A cessão de liberdade procedimental evita o automatismo que decorria da aplicação repetitiva, pelos agentes públicos, permitindo, outrossim, um determinado poder de iniciativa, para acompanhamento das necessidades da sociedade, de quantidade e complexidades sempre crescentes e variantes²⁰⁶. Contudo, a discricionariedade é também necessária, posto que impossível disciplinar, por lei, todas as situações nas quais a Administração atua²⁰⁷, e, nas situações que pode disciplinar, não possui, o texto legal, meios de garantir a manutenção da utilidade e adequação da solução posta²⁰⁸. Assim, a concessão legislativa, não só de discricionariedade, mas de liberdade à atuação administrativa em todas as suas formas, é necessária, para que o próprio comando legal – muito mais voltado, na Administração de resultados, à eleição de finalidades e *standards* – seja, com o adequado gerenciamento dos meios utilizados para tanto, tornado eficaz²⁰⁹.

Assim, o Legislador poderá abrir o conteúdo das normas porque a própria pluralidade ou complexidade da matéria a ser legislada o impede de realizar uma regulação exata, ou por estar impossibilitado de prever a realidade futura ou, ainda, por achar que assim convém agir²¹⁰. A discricionariedade não será, portanto, um desleixo do Legislador, ou mesmo algo que este deverá ter sempre em pauta permanente de combate²¹¹, mas, repita-se, algo necessário²¹², ou porque convém que a matéria seja densificada pelo Administrador Público, por questões de eficiência, de demanda de conhecimento técnico, de atenção ao contexto do tempo e local, de agir de continua e prontamente, ou por diversas outras razões, algumas

²⁰⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 103.

²⁰⁶ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa...** p. 62-63.

²⁰⁷ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo...** p. 185; DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa...** p. 62.

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa...** p. 62.

²⁰⁹ Cf. MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 533.

²¹⁰ Adaptado da tripla causa identificada por Bernardo Diniz de Ayala (**O (défice de) Controlo...** p. 32).

²¹¹ Pode ocorrer, entretanto, que se torne necessário o combate da discricionariedade em torno de alguma matéria em razão de sua essencialidade. A essencialidade é algo fluido; em determinado momento, tal matéria pode ser considerada essencial, e, por alguma eventualidade ou simples evolução dos valores que regem uma sociedade, vir a tornar-se. Acometendo-se de essencialidade determinada matéria, é de se defender a densificação da legislação em torno dela. O contrário também será defendido quando uma matéria vier a perder sua essencialidade.

²¹² Segundo Karl Engisch, a discricionariedade “não é algo apenas inevitável, mas também algo de bom” (**Introdução ao Pensamento...** p. 224).

delas aqui já retratadas²¹³. Em outras palavras, sobretudo no contexto de uma Administração Pública de resultados, não pode, e nem deve, o Legislador cercear a capacidade de escolha dos órgãos e entes administrativos, sob pena de “emperrar” a máquina do Estado contemporâneo²¹⁴.

A compreensão de que a discricionariedade não é uma imperfeição sistêmica que deve ser combatida ao máximo por um regramento exaustivo do proceder administrativo passa pela compreensão de que, antes de um poder, esta representa uma função²¹⁵, e, portanto, volta-se à tutela de um interesse público²¹⁶. Quer-se dizer, os espaços decisórios concedidos à Administração Pública não atribuem chancelas a um agir arbitrário, mas, antes, uma permissão para adequação do procedimento para atendimento de uma finalidade que lhe foi previamente assinalada²¹⁷.

No decorrer do século XIX, na França, se desenvolviam as primeiras técnicas de controle do ato administrativo discricionário, a partir das teorias do “excesso de poder” e do “desvio de finalidade”²¹⁸. Em primeiro momento, pela utilização do recurso do excesso de poder, permite-se o controle de vícios de competência; ao passo que, pelo desvio de finalidade, analisar-se-á se o exercício da discricionariedade, na prática, atendeu à finalidade pública para a qual foi concedida²¹⁹. Trata-se de importante passo para o início de duas ideais relevantes e correlacionadas que ganham robustez em períodos mais contemporâneos: primeiro, a de que a discricionariedade não é plena (até então, exigia-se, ao menos, o respeito à competência de quem a pratica e à prossecução ao interesse público);

²¹³ Complementando a ideia, a lição de Luís S. Cabral Moncada: “num mundo complexo como o actual a aceitação da liberdade é a única maneira de racionalizar a decisão administrativa pois apenas por seu intermédio é possível articular os saberes dispersos que hoje lhe importam” (**Autoridade e Liberdade...** p. 537).

²¹⁴ Cf. AYALA, Bernardo Diniz. **O (défice de) Controlo...** p. 58.

²¹⁵ Jacques Chevallier assinala a incompatibilidade entre manifestações de poder e a submissão estatal ao Direito. Em suas palavras: “A juridicização integral que está no núcleo do Estado de Direito acarreta, de fato, em nível simbólico o apagamento do fenômeno poder, que tende a se transformar em uma competência, inteiramente regida pelo direito” (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito...** p. 55).

²¹⁶ GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di diritto...** p. 264; DE LA CUETARA, Juan Miguel. **Las Postetades Adminstrativas**. Madrid: Tecnos, 1986. p. 47.

²¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010. *passim*; FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do Mérito...** p. 134; ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo 1...** p. 464.

²¹⁸ MEDAUAR, Odete. **O Direito...**, p. 127; ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo 1...** p. 461-462.

²¹⁹ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo 1...** p. 461-462.

segundo, de que a discricionariedade não está completamente imune ao controle jurisdicional.

Por muito tempo, defendeu-se que os atos administrativos discricionários não suportariam controle jurisdicional, a partir de uma justificativa segundo a qual, se a lei concede à Administração Pública uma competência para agir a partir de apreciações subjetivas, o exercício dessa competência não poderá sofrer controle de legalidade, apenas político, o qual não poderia ser exercido pelo Judiciário²²⁰.

4.1.1. A mitigação da liberdade de escolha

Na Administração Pública de resultados – como se denota do que vem sido tratado –, mesmo quando a regra admita uma liberdade à atuação do gestor público, é necessário que a escolha realizada encontre habilitação no direito, ou seja, esteja em conformidade com a juridicidade, realizando uma finalidade sistêmica. Assim, não faz mais sentido a dicotomia que antes se pretendia definir entre atos vinculados e atos discricionários²²¹, sendo esta mesmo perigosa, por passar a impressão de que existe realmente um espaço para o Administrador decidir ao seu bel prazer²²².

Como visto, já no século XIX, em França, se desenvolvia a concepção de que a Administração se encontra sempre vinculada a uma finalidade pública. A finalidade, enquanto estabelecadora de parâmetros à apreciação administrativa, possui importância vital na garantia de que interesses particulares do agente público não se confundam com o interesse público e para que a discricionariedade não convalide arbitrariedades²²³. A finalidade jurídica deverá ser perseguida pelo autor do ato administrativo, pois, se ela está estabelecida no ordenamento jurídico, ainda que de forma implícita, é porque também a Administração Pública deverá buscar sua concreção²²⁴.

²²⁰ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo 1...** p 454.

²²¹ Conforme explica Marcelo Rebelo de Souza, são demasiado raros os atos totalmente vinculados em seus pressupostos e elementos e não existem atos totalmente discricionários (**Lições de Direito Administrativo Vol. 1...** p. 107).

²²² Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández alertam que ao se falar em competência vinculadas (como o faz os franceses, brasileiros e portugueses), deixa-se entender que existem competências não vinculadas, ou seja, livres (referindo-se os alemães à “livre apreciação”, quando falam da discricionariedade), o que possui potencial de encerrar consequências práticas graves (**Curso de Derecho Administrativo 1...** p 436).

²²³ Na pena de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a “arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei” (**Discricionariedade administrativa...** p. 161).

²²⁴ Em sentido semelhante: FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do Mérito...** p. 164.

Contudo, a compreensão da existência de um bloco de legalidade impôs a revisão das compreensões em torno da dicotomia entre a discricionariedade e a vinculação, para além da perseguição da finalidade jurídica²²⁵. Destarte, resta pacificado para a literatura especializada mais atual a necessidade de, minimamente, em condutas nas quais haja liberdade de escolha e decisão, a Administração deve orientar-se pelos princípios jurídicos²²⁶. Os limites da liberdade de ação seriam ditados pelos princípios jurídicos, não havendo escolha discricionária válida e legítima senão em observância destes.

Nota-se, portanto, que a liberdade da conduta administrativa só existirá quando concedida pelo Legislador, e, mesmo quando concedida, restará sempre mitigada pelas normas de uma legalidade ampla. Trata-se de uma liberdade legal, que ao mesmo tempo que é juridicamente concedida, é juridicamente densificada, de tal forma que a vontade do agente não relevará, senão marginalmente, voltada para o interesse público normativamente posto²²⁷.

Não é exagerado falar-se, portanto, em inexistência, nos dias atuais, de uma real discricionariedade, mas, sim, de graus de vinculação da conduta administrativa²²⁸. Haverá uma vinculação rígida do procedimento quando a Administração se encontrar diante de regras, ao passo que a vinculação será flexível quando o parâmetro subordinante for princípios jurídicos²²⁹. Assim, ainda no menor grau de vinculação normativa, a Administração está vinculada diretamente por princípios²³⁰, não havendo uma liberdade irrestrita.

No patamar mais forte de vinculação, no qual a Administração encontra sua conduta pautada por regras, haverá a necessidade de cumprimento de um comando cerrado. Ainda nessa zona, há quem afirme que a vinculação não é plena, havendo

²²⁵ A fim de complementar o entendimento ora exposto, note-se o que ensina Phillip Gil França: “É cediço que o conceito de discricionariedade não permanece estático no tempo. Sua evolução acompanha a do princípio da legalidade. Quanto mais se amplia o conceito de legalidade, mais reduz a amplitude do aspecto discricionário do ato administrativo” (**Controle da Administração Pública: Combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 168-169).

²²⁶ V.g.: FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2014. p. 158; DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa...** p. 60-62; AYALA, Bernardo Diniz. **O (défice de) Controle...** p. 34.

²²⁷ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 543 e 563.

²²⁸ Neste sentido: BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** p. 240; OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo Vol I**. Reimpressão da edição de novembro de 2013. Coimbra: Almedina, 2013. p. 76; AYALA, Bernardo Diniz. **O (défice de) Controle...** p. 34; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 204.

²²⁹ OTERO, Paulo. **Manual... Vol I**. p. 76-77.

²³⁰ Também nas lições de Paulo Otero notamos uma remissão a diferentes níveis de vinculação à juridicidade, indicando-se que há a vinculação absoluta ou rígida – quando se encontra diante de regras – e vinculação relativa ou flexível – aquela aferível quando o parâmetro subordinante for princípios jurídicos (**Manual... Vol I**. p. 76-77).

sempre ao agente, minimamente, ao momento de agir, ainda que limitado a um prazo legalmente definido²³¹.

No extremo oposto, diante de princípios, o administrador deverá escolher, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, a que melhor concretizar os fins determinados pelas normas de competência. A atuação concreta se pautará, então, minimamente, na escolha, através de uma atividade ponderativa proporcional dos direitos e interesses envolvidos, com observância dos objetivos juridicamente tutelados, respeitados os direitos fundamentais e os princípios gerais do direito, para escolha da forma ótima a proceder²³². Trata-se esta, com efeito, da vinculação mais flexível dentro do Direito, pois os princípios possuem apenas um conteúdo *prima-facie*, sendo necessária a ponderação com demais princípios que concorrem ao caso concreto, bem como com os fatores externos e fáticos, para alcance de seu conteúdo concreto²³³.

A medida satisfatória dos deveres finalísticos da Administração Pública, aliás, poderá se reduzir a apenas uma, em determinada situação prática, o que extinguirá, no mundo dos fatos, a discricionariedade abstrata²³⁴. Ou seja, as peculiaridades do caso concreto podem fazer com a liberdade existente em abstrato desapareça, revelando apenas uma opção idônea para satisfação da necessidade pública²³⁵. Em tais circunstâncias, não é lícito à autoridade pública optar por outra decisão, estando obrigada a escolher aquela solução tida como única apta e satisfatória, mesmo estando investido de competência de vinculação flexível²³⁶.

Esse entendimento de que as circunstâncias do caso concreto levem a uma só solução poderá sofrer resistência daqueles que entendem que a liberdade foi dada pelo Legislador à Administração para ser exercida, não podendo ser negada²³⁷. A premissa é correta; se a lei parlamentar concedeu competência decisória à Administração Pública, o fez por crer ser esta necessária ou, ao menos, pertinente, devendo esta, ao máximo, ser preservada. Assim, ainda que a ponderação do agente administrativo diante da necessidade concreta permita que se

²³¹ Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa...** p 62 e 73.

²³² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** p. 240 *et. seq.*

²³³ Mais notas sobre as normas princípios serão testilhadas no item 5.1.

²³⁴ KARL, Engisch. **Introdução ao Pensamento...** p. 219-220.

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle...** p. 38. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional...** p. 162.

²³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 204; MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional...** p. 162.

²³⁷ É o que se observa nas lições de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, que afirmam não ser possível que no exercício da discricionariedade haja apenas uma solução apta a satisfazer o interesse público concreto (**Direito Administrativo Geral – Tomo I...** p. 108).

elimine, no âmbito da livre apreciação, decisões contrárias à legalidade ampla, sempre haverá, para os que assim entendem, uma zona de liberdade que nunca se reduz a zero, ou seja, que nunca se resume a uma única solução válida²³⁸.

Haverá, ainda, os que defenderão que essa redução da liberdade sempre apresentará uma resposta que melhor atenderá ao interesse público, sendo esta a única juridicamente válida²³⁹. Trata-se de entendimento que representa a liberdade administrativa como uma concessão normativa meramente idealizada, que, no mundo dos fatos, extingue-se, pois o dever de prosseguir o interesse público da melhor forma possível sempre reduz a conduta administrativa legítima a uma só.

Não se alinha, aqui, entretanto, com nenhum desses entendimentos apriorísticos e extremos. A primeira linha de compreensão parte de pressupostos hipotéticos que ignora a possibilidade de que a escolha, limitada pela norma e confrontada com as riquezas do caso concreto, venha a reduzir-se a uma só. A segunda vertente, por sua vez, aparenta sustentar uma pretensão quimérica de redução, assim como intentaram os iluministas, do agente a mero executor da lei – ou, de forma mais atual, do Direito²⁴⁰.

A resposta decisória deverá ser legítima, de forma que, embora não seja esta a regra²⁴¹, poderá ocorrer, sim, que, por influência da juridicidade e diante da realidade concreta, a solução possível se reduza a apenas uma. Se realmente a resposta válida será apenas uma, apenas as circunstâncias fáticas, as ponderações dos direitos e interesses envolvidos, a influência das normas jurídicas e os conhecimentos técnicos que atendam ao objeto específico do ato administrativo poderão informar.

É descabível, portanto, a associação da discricionariedade com a arbitrariedade monárquica, ou mesmo com a discricionariedade liberal, alheia a vinculações e impassível de controle judicial. Ao revés, trata-se de competência

²³⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 571.

²³⁹ Sérgio Ferraz defende que em face das hipóteses que juridicamente poderão ser escolhidas pela Administração Pública, haverá sempre a melhor, que será a única a poder ser adotada (Instrumentos de Defesa do Administrado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 165, jul/set 1986. p. 18).

²⁴⁰ Como bem observado por Engisch Karl, “Assim como, no plano superior, não temos de representar o poder legislativo como um aparelho racional que, segundo princípios abstratos, produz leis que são as únicas justas, mas como um processo orgânico por múltiplas componentes pessoais que em grande parte são mundividencial e politicamente propelidas, como um processo no qual se luta vivamente pelo justo, assim também não é lícito, no plano inferior de aplicação do direito, conceber funcionários, autoridades, juízes e tribunais como apenas chamados a uma esquemática execução do direito” (**Introdução ao Pensamento...** p. 251).

²⁴¹ Também para Engisch Karl no mais das vezes a incerteza subsiste (**Introdução ao Pensamento...** p. 220).

administrativa que releva apenas em um Estado democrático, pois, em um Estado autoritário o administrador não necessita de autorização legislativa, nem possui balizas, para impor sua vontade²⁴².

A outorga normativa de escolha à Administração Pública não representa a autorização a desmandos, ao agir conforme caprichos, mas, sim, para agir conforme o Direito, em referência à realidade fática, realizando os fins sistemicamente postos. O que mudará, como posto, é o grau de vinculação e, conseqüentemente, a intensidade do controle judicial²⁴³, “devendo de plano ser afastada a solução simplista de que o poder judiciário não pode controlar outro poder por causa do princípio da separação dos poderes”²⁴⁴. Não há, enfim, prejuízos aos quadros do Estado democrático de Direito, nem aos direitos e interesses do cidadão, sendo, ainda, possível, a sua sindicalização pelos Tribunais²⁴⁵.

4.1.2. A questão do mérito

Em meio ao tratado, relevante ainda se examinar o mérito do ato administrativo, ou seja, a conveniência e oportunidade dos meios utilizados para o alcance da finalidade pública²⁴⁶. Trata-se do capó de liberdade que efetivamente remanesce da norma habilitadora, para que a Administração escolha entre duas ou mais soluções, todas juridicamente válidas e adequadas²⁴⁷.

No âmbito da vinculação, o juízo de mérito do ato é inteiramente realizado pelo Legislativo, que, analisando a necessidade pública, realiza a escolha dos meios idôneos a satisfazê-la²⁴⁸. É, portanto, na discricionariedade que o mérito será sopesado pela Administração, sendo este o que aqui interessa.

Embora o mérito mereça um valor próprio e autônomo²⁴⁹, não há como escapar, em sua delimitação conceitual, da análise da possibilidade de seu controle jurisdicional ou não. Isso porque, o entendimento clássico se cunha no sentido de que é vedado ao Poder Judiciário apreciar, no exercício do controle jurisdicional –

²⁴² Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 203.

²⁴³ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 544.

²⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios...** p. 219.

²⁴⁵ Segundo Luís S. Cabral de Moncada, “a liberdade administrativa assim concebida, não prejudica os mais exigentes quadros do Estado-de-Direito democrático da actualidade nem as garantias contenciosas e até graciosas do cidadão” (**Autoridade e Liberdade...** p. 562).

²⁴⁶ Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa...** p. 129-131.

²⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle...** p. 38.

²⁴⁸ EHRARHDT, Rogério Guilherme Soares. **Interesse Público...** p. 207-208.

²⁴⁹ EHRARHDT, Rogério Guilherme Soares. **Interesse Público...** p. 216.

essa delimitação é necessária, pois o Judiciário também atua como Administração, e poderá controlar seus atos administrativos em exercício de controle interno –, o mérito dos atos administrativos, sendo-lhe possível conhecer apenas das questões relativas à legalidade²⁵⁰. Contudo, quando este entendimento começou a ser difundido, compreendia-se a legalidade de forma estrita, compreensão esta que, como visto, vai cedendo espaço para uma compreensão mais ampla, a qual se pode denominar “juridicidade”.

A ampliação do âmbito de vinculação jurídica do procedimento administrativo pode gerar compreensões diversas, de forma que alguns poderão concluir que o mérito do ato administrativo também sofrerá vinculações jurídicas e, portanto, também será passível de controle, inclusive jurisdicional²⁵¹. Assim propor é romper completamente com o entendimento clássico de que o mérito do ato administrativo representa uma reserva administrativa na conduta do agente, no qual poderá fazer avaliações de conveniência e oportunidade, sem vinculações jurídica e imune ao controle dos magistrados.

Trata-se de uma questão conceitual que encerra uma conclusão de que haverá uma parte do mérito administrativo vinculada e outra não vinculada, ou seja, uma parcela que é judicializável e uma que não, o que pode gerar confusão aos aplicadores do Direito Administrativo, promovendo, ainda, uma possível confusão entre mérito e discricionariedade – esta última, como visto, uma margem decisória, que já não mais existe de forma plena.

Entende-se, aqui, preferível continuar-se encarando o mérito como a parcela do ato administrativa destituída de vínculos jurídicos, ou seja, a margem apreciativa do ato administrativo não alcançada pelos limites impostos pelo ordenamento jurídico. O mérito continuaria a comportar, portanto, o processo valorativo de complementação e definição do conteúdo do ato administrativo, a partir de critérios não positivados, ou seja, não parametrizados em regras ou princípios jurídicos²⁵². Essa conceituação, ao revés de encerrar uma confusão entre os conceitos de discricionariedade e mérito, a destaca, revelando o mérito como o “núcleo político”

²⁵⁰ Por todos: FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Contrôlo...** p. 148.

²⁵¹ Assim entende Edimur Ferreira de Faria, como se nota, por exemplo, quando o autor afirma que “a faixa discricionária tornar-se-á estreita, como quer o Direito na plena democracia, e facilita a verificação da legalidade do ato decorrente do poder discricionário, pelo Judiciário, sem dificuldades, inclusive quanto ao mérito, para se constatar a veracidade da conveniência ou oportunidade alegada pelo autor do ato com o fito de identificar se a conduta da autoridade está em conformidade com a lei” (**Controle do Mérito...** p. 134).

²⁵² MORAES, Germana Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 50.

da discricionariedade, contribuindo, ainda, na diferenciação do que poderá ser controlado jurisdicionalmente e o que não poderá²⁵³.

É bem verdade que, como dito acima, por vezes a confluência de normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto pode acarretar, neste particular, à redução das escolhas juridicamente válidas a apenas uma. Entretanto, na maior parte das vezes, mesmo com a influência de toda a juridicidade, haverá mais do que uma decisão válida a ser adotada pela Administração Pública.

Restará, portanto, com frequência, uma zona de incerteza sobre a decisão justa, que deverá ser respeitado²⁵⁴. Nessa situação reside o mérito administrativo autêntico, na qual há uma diversidade de decisões legítimas a serem adotadas, decisões estas que competem, por sua essência, à Administração Pública. Trata-se de espaço residual da subjetividade na apreciação do justo, que persiste mesmo depois de se considerar todas as possíveis regras e circunstâncias²⁵⁵.

Como ordinariamente não será possível encontrar uma única solução para a aplicação da norma, é necessário aceitar-se a existência de mais de uma decisão juridicamente possível para o caso concreto. As diferentes respostas possíveis, mesmo que opostas, possuem o mesmo valor, sendo todas passíveis de adoção pelo agente público e fungíveis entre si²⁵⁶. Com efeito, no âmbito do mérito, todas as respostas devem ser entendidas como “corretas” do ponto de vista jurídico, ainda que por compreensões metajurídicas um ou mais indivíduo possa não a considerar a melhor resposta.

A escolha da Administração não estará livre de críticas; ao contrário, não raramente o próprio agente que a exerceu manterá em seu íntimo dúvidas se a sua escolha foi, de fato, a melhor²⁵⁷. Trata-se de uma realidade cuja aceitação pode ser tormentosa, sobretudo àqueles que creem que, por estarem obrigados a realizar a melhor escolha, os agentes administrativos nunca terão, na concretização fática do comando normativo, um espaço valorativo ou de escolha. Nem sempre o Direito será capaz de determinar uma única decisão correta para o caso concreto de forma que o agente ou órgão colegiado, ainda que guiado por um dever de melhor realizar o interesse público, terá que fazer, com certa participação criativa, a escolha que

²⁵³ Em sentido semelhante: MORAES, Germana Oliveira. **Controle Jurisdicional...** 43.

²⁵⁴ Engisch Karl assim se posiciona, utilizando, entretanto, não a denominação de “mérito”, mas de “espaço de livre apreciação”, o qual, segundo seu entendimento, seria um mal que se tem que aceitar (**Introdução ao Pensamento...** p. 220).

²⁵⁵ KARL, Engisch. **Introdução ao Pensamento...** p. 220.

²⁵⁶ KARL, Engisch. **Introdução ao Pensamento...** p. 249-250.

²⁵⁷ KARL, Engisch. **Introdução ao Pensamento...** p. 250.

julgue mais conveniente e oportuna. Ainda porque, na grande maioria dos casos, a situação concreta propiciará a existência de uma pluralidade de interesses públicos²⁵⁸.

A conclusão de que a discricionariedade não é plena não implica, portanto, em afirmar que não há mais um juízo de conveniência e oportunidade na prática de atos administrativos. O mérito administrativo persiste, embora com o espaço reduzido²⁵⁹, pois, como visto, ainda quando não houver uma vinculação a regras, com a cessão normativa de liberdade à apreciação da Administração Pública, haverá vinculações da juridicidade, minimamente, pelos princípios jurídicos.

A análise das circunstâncias dos casos concretos e adoção de decisões para satisfação do bem-estar da coletividade, do interesse público, pertencem a um espaço da atividade estatal reservado à função administrativa. Em meio às decisões legítimas, encontra-se, pois, o mérito administrativo, de reserva da administração²⁶⁰. Contudo, se a decisão é adotada fora do fecho de decisões permitidas pelo Direito, essa decisão contraria a legalidade, ou, se assim preferir-se, a juridicidade, merecendo, portanto, controle²⁶¹.

4.2. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Outra técnica utilizada para o Legislador para conceder liberdade de atuação à Administração Pública é a utilização dos denominados “conceitos jurídicos indeterminados”. Trata-se de liberdade procedimental que resulta da vagueza

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 219.

²⁵⁹ No mesmo sentido, conclui Maria Silvia Zanella di Pietro, compreendendo que “o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo. Aspectos que eram considerados como de mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo (**Discricionariedade administrativa...** p. 135). Acrescenta, posteriormente, que os princípios jurídicos impedem o abuso da Administração Pública quando lhe é dada escolha, pois a “jurisdição administrativa continua respeitando o juízo de oportunidade, mas reduz o campo em que o juízo de oportunidade é cabível” (**Discricionariedade administrativa...** p. 161). Ou seja, continua existindo o mérito do ato administrativo, mas em um campo menor, pois os princípios jurídicos gerarão vinculações onde as regras não determinem condutas estritas.

²⁶⁰ Por todos, a síntese de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos: “(...) a reserva de administração perante os tribunais está naquela parte da sua actividade que se situa para além das vinculações legais e dos limites jurídicos que lhe são impostos” (**Direito Administrativo Geral – Tomo I...** p. 138).

²⁶¹ Celso Antônio Bandeira de Mello preocupa-se em desmistificar a ideia frequente de que a outorga legal de liberdade discricionária resulta, sempre e invariavelmente, na proteção da matéria contra a apreciação judicial da adequação da medida adotada (**Controle Judicial...** p. 10). De maneira semelhante, Juarez Freitas preocupa-se em firmar que o mérito continua existente, mas não pode servir como blindagem para que os agentes públicos se esquivem do cumprimento de seus deveres legais e constitucionais, pois, embora o mérito não seja sindicável, o demérito sempre será (**O Controle...** p. 92).

semântica da norma que vincula a Administração²⁶². O Legislador, a despeito de pretender delimitar uma hipótese concreta, o faz sem precisar seus contornos e limites no enunciado, utilizando conceitos que não admitem quantificação ou qualificação rigorosa²⁶³.

Trata-se de método de redação normativa que concede margem apreciativa à Administração, para que essa concretize o conceito de textura aberta diante do caso concreto, permitindo, ainda, que esse conceito seja permeável às mudanças de ordem social e de ordem técnica²⁶⁴. Com efeito, a indeterminação do conceito aplicado na norma, longe de um defeito, é um atributo a permitir a sua adequação ao caso concreto²⁶⁵ e a sua variação no tempo e no espaço²⁶⁶.

A técnica legislativa é amplamente reconhecida pela doutrina que, apreciando distintos ordenamentos jurídicos com tradição de direito administrativo²⁶⁷ nota a utilização nos textos legais de expressões que comportam indeterminação em seu sentido, tais quais: boa-fé, idoneidade, idoso, jovem, bem comum, adequação, ordem pública, incapacidade, preço justo, honra, urgência, valor histórico ou artístico²⁶⁸.

A indeterminação dos termos normativamente utilizados é apenas parcial. Se absolutamente indeterminados fossem, nem conceitos seriam²⁶⁹. Assim, costuma-se afirmar que os conceitos jurídicos indeterminados possuem um núcleo de certeza, no qual há uma noção clara do conteúdo²⁷⁰. Haverá sempre uma certeza positiva, no sentido de que a situação se enquadra ao conceito normativa, bem como uma certeza negativa, de qual se tem a noção exata de que a circunstância não se

²⁶² MONCADA, Luiz S. Cabral. **Autoridade e Liberdade...** p. 531.

²⁶³ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo 1...** p 455.

²⁶⁴ AMARAL, Diogo Francisco Freitas. **Curso de Direito Administrativo - Vol. II...**p. 118.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 208.

²⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Discricionariedade Administrativa...** p. 90.

²⁶⁷ Como informa Maria Sylvania Zanella di Pietro, a identificação de conceitos jurídicos indeterminados restou consagrada na doutrina de países como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Brasil (**Discricionariedade Administrativa...** p. 90).

²⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Discricionariedade Administrativa...** p. 90; ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo 1...** p 455; MAURER, Hartmurt. **Derecho Administrativo...** p. 175; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade...** p. 90.

²⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 209; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade...** p. 28-29.

²⁷⁰ Assim define Engisch Karl, que, com base nas lições de Philipp Heck denomina tal núcleo de "núcleo conceitual" (**Introdução ao Pensamento...** p. 209).

adequa ao conteúdo do termo parcialmente indeterminado adotado pela hipótese normativa²⁷¹.

Exemplo clássico da existência desses núcleos de certeza ocorre quando a lei se refere, em seu texto, a “idoso”. Embora determinadas faixas etárias tragam uma zona cinzenta de dúvida, sobretudo com os avanços da medicina e maior valorização de estilos de vida saudáveis, contudo, é certo que uma pessoa aos dez anos de idade não é um idoso (certeza negativa), da mesma forma que não há dúvidas de que um sujeito aos seus cem anos é um idoso (certeza positiva)²⁷².

Entre os núcleos de certeza positiva e negativa estará o núcleo de indefinição²⁷³. É nessa margem de dúvida ou incerteza que haverá espaço para autonomia do aplicador da norma que contém um conceito jurídico indeterminado²⁷⁴.

Assim, diante da indeterminação do conceito normativo, a Administração possui uma tarefa de complementação, com observância da ordem jurídica²⁷⁵. Assim como a discricionariedade, a margem de escolha administrativa diante de tais conceitos também é limitada, estando vinculada pelos elementos heterodeterminantes da juridicidade. A densificação do conceito normativo deve ser feita dentro de um contexto e com observância de todo o plexo de normas jurídicas²⁷⁶.

É dado, portanto, ao agente administrativo que se confronta com a indeterminação semântica do termo utilizado pela norma o mister de densificá-la, valendo-se, para tanto, de todos recursos que dispõe, mas gozando, também, de certa liberdade²⁷⁷. Esses recursos podem ser os mais diversos, desde a consulta à população, o exercício de valorações, o uso de conhecimentos técnicos, o recurso a máximas de experiência, a ponderação dos interesses envolvidos, etc.

Há, entretanto, aqueles que compreendem que não haveria escolha na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Embora haja uma indeterminação

²⁷¹ Nesse sentido, propõe Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro na qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrangida” (**Discricionariedade...** p. 29).

²⁷² “Idoso” também é o exemplo utilizado por Marçal Justen Filhos (**Curso...** p. 209).

²⁷³ Para Engisch Karl, “halo conceitual” (**Introdução ao Pensamento...** p. 209).

²⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 209.

²⁷⁵ Cf. MONCADA, Luiz S. Cabral. **Autoridade e Liberdade...** p. 532.

²⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade...** p. 30.

²⁷⁷ MAURER, Hartmurt. **Derecho Administrativo...** p. 179.

no mundo das ideias, na aplicação ao caso concreto o a indeterminação não subsiste, sendo admitida tão somente uma solução²⁷⁸.

Esse também é o entendimento do Tribunal Administrativo Alemão (*Bundesverwaltungsgericht*). Compreende, a jurisprudência, que os Tribunais poderiam exercer controle pleno dos comandos administrativos perante conceitos jurídicos indeterminados, pois, nesse particular, salvo em casos especiais, não disporia a Administração de qualquer margem apreciativa²⁷⁹.

Alguns ainda tentam propor a classificações dos conceitos jurídicos indeterminados, para enfim concluir em quais casos haverá, de fato, liberdade ou não para o agente administrativo²⁸⁰. Trata-se de pretensão intermediária, entre a compreensão daqueles que entendem que sempre haverá liberdade apreciativa na aplicação desses conceitos e daqueles compreendem que tais conceitos, quando aplicado concretamente, conduzirão sempre a uma única solução. Contudo, assim como as demais, essa corrente mais casuística também visa a determinar, em abstrato, as hipóteses em que haverá, ou não, possibilidade de exercício de apreciação, valorações e escolhas pela Administração Pública.

Aqui, novamente, tende-se a uma posição contrária àquelas tomadas aprioristicamente, as quais, no particular dos conceitos jurídicos indeterminados, visam a definir em quais hipóteses haverá liberdade para Administração. Somente pela análise da hipótese normativa, caso-a-caso, que será possível concluir-se se há ou não espaço decisório para o agente aplicador²⁸¹.

Tome-se, por exemplo, o termo “período noturno”, que, pode, para alguns, ser de fácil apreensão, não merecendo maior apreciação do aplicador²⁸². Contudo, é

²⁷⁸ Assim entendem Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, para quem os conceitos jurídicos indeterminados não admitem mais de uma solução no caso concreto (ou houve boa-fé ou não houve; ou é justo ou não; ou se faltou com a probidade ou não). Apesar do enunciado ser indeterminado, sua aplicação não é. A partir desse critério, inclusive, diferenciam tais conceitos da discricionariedade, a qual, segundo entendem, que sempre admitirá uma pluralidade de soluções válidas (**Curso de Derecho Administrativo 1...** p 456). Essa também já foi a compreensão de Diogo Francisco Freitas Amaral, que veio, entretanto, a assumir que nem sempre um conceito jurídico indeterminado encerrará um único sentido possível (**Curso de Direito Administrativo - Vol. II...**p. 118-119).

²⁷⁹ Mais sobre o tema pode ser apreciado em: MAURER, Hartmurt. **Derecho Administrativo...** p. 179; KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa...** p. 34-35.

²⁸⁰ Assim fazem, por exemplo, Engisch Karl (**Introdução ao Pensamento...**), Diogo Francisco Freitas Amaral (**Curso de Direito Administrativo - Vol. II...**p. 118-128) e Marçal Justen Filho (**Curso...** p. 219). Também o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) propõe sistematização das situações fáticas específicas nas quais haverá margem apreciativa para a Administração Pública, como expõe Hartmurt Maurer (**Derecho Administrativo...** p. 179).

²⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Discricionariedade Administrativa...** p. 118.

²⁸² “Período noturno” é utilizado por Diogo Francisco Freitas Amaral para exemplificar conceitos jurídicos indeterminados cuja aplicação mereceria tão somente atividade de interpretação e subsunção (**Curso de Direito Administrativo - Vol. II...**p. 118).

necessário notar que o que se considera período noturno não é o mesmo em todos os tempos e locais. Ilustrativamente, a noção de período noturno em zonas rurais pode ser mais rigorosa do que em grandes centros urbanos. E como precisar o fim do período crepuscular? Se uma norma diz que não é permitida emissões sonoras em alto volume no período noturno ela se refere ao primeiro momento após o completo pôr do sol ou a razoabilidade permite que se defina como um horário em que as pessoas estão dormindo (também este um horário não precisamente determinado)? Uma hora da manhã, por pertencer à manhã, seria período noturno, por não haver incidência direta de raios solares? Assim, como dito anteriormente, poderá haver um núcleo de certeza positivo – sabe-se que as vinte e duas horas pertencem ao período no turno – e um negativo – as dez horas, entretanto não pertencem –, haverá uma zona que, por mais que o aplicador possua recursos e elementos aos quais recorrer, será de incerteza.

Deve-se considerar, ainda, que, por vezes, o Legislador usará um conceito jurídico indeterminado, cuja definição pode ser densificada em outro texto legal. Assim, em certas situações, de fato não haverá espaço para apreciação da Administração Pública, pois o próprio ordenamento jurídico positivo já tratou de dirimir a indefinição do conceito. Assim, retornando ao mesmo exemplo do “período noturno”, o próprio ordenamento jurídico pode oferecer a resposta que, para os fins postos pela norma habilitadora, considera-se período noturno aquele compreendido entre as dez horas da noite e as cinco da manhã. Nesses casos, entretanto, fala-se em verdadeira vinculação, em seu grau mais forte, posto que, ainda que por remissões, existem regras a vincular o proceder administrativo.

Tem-se, enfim, que o Legislador se omite de fornecer um tratamento mais denso à questão que regula para aproveitar-se dos recursos os quais dispões a Administração Pública²⁸³. Há, portanto, também no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, uma liberdade de atuação para que se faça possível a melhor prossecução do interesse público. Haverá uma apreciação do aplicador, embora, em grau de liberdade que variará de acordo com a própria densidade do conceito normativo, como pelas circunstâncias e demais normas jurídicas incidentes ao caso

²⁸³ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade...** p. 533.

concreto, inclusive, no contexto da Administração Pública de resultados, as finalidades postas²⁸⁴.

4.3. DEVER DE MOTIVAÇÃO

A motivação é a exposição realizada pela autoridade administrativa das razões que justificaram a sua conduta, de forma a explicitar a circunstância fática, e a hipótese normativa com a qual essa se integra, que fundamenta a prática do ato²⁸⁵. O dever de motivar desponta, portanto, um requisito procedimental que impõe ao administrador da coisa pública o dever de expor os motivos de sua atuação, os resultados visados com ela e a relação de causalidade entre ambos, a partir da correlação com a sua finalidade e com os demais pressupostos da juridicidade ou meritórios que o influíram²⁸⁶.

Como visto, não há à Administração Pública liberdade procedimental plena. Toda decisão administrativa deve se pautar na juridicidade – havendo sempre, minimamente, uma vinculação a princípios - e prosseguir uma finalidade pública. Com efeito, a vontade do agente público não pode ser um fim em si mesma²⁸⁷, de forma que se impõe a ele motivar seus atos, demonstrando a sua conformidade com o ordenamento jurídico²⁸⁸. A obrigatoriedade da motivação tem sido, por tais motivos, uma tendência dos Estados Democráticos de Direito²⁸⁹; uma vez que a Administração Pública administra coisa que não lhe pertence e de forma vinculada pela juridicidade, cumpre a ela fundamentar suas condutas²⁹⁰.

²⁸⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que os conceitos jurídicos indeterminados demarcam competências à Administração, sendo, portanto, seu exercício, “demarcado e finalisticamente pré-orientado” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade...** p. 31).

²⁸⁵ CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. **O Dever de Motivar os Atos Administrativos como Princípio Implícito na Constituição Federal**. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Pernambuco, 2004. p. 17.

²⁸⁶ Cf. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 93-94; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade...** p. 99.

²⁸⁷ Conforme exposto por Raquel Melo Urbano de Carvalho, o exercício da competência administrativa “em nenhum momento se confunde com o exercício puro e imotivado da vontade pessoal do agente público, donde resulta clara a necessidade de fundamentação fática e jurídica de cada conduta administrativa (O dever de motivar e o controle da Administração Pública. **Revista do Curso de Direito**, Nova Lima, v. 4, p. 414-453, 2004. p. 414).

²⁸⁸ Trata-se de argumentos, como exposto por Florivaldo Dutra de Araújo, fundamentam a motivação no princípio da validade (**Motivação e Controle...** p. 96).

²⁸⁹ Odete Medauar refere-se à motivação como um dos aspectos referentes à democratização da Administração (**O Direito...** p. 188). Ver também: CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. **O Dever de Motivar...** p. 20.

²⁹⁰ “No Estado de Direito, pelo qual toda atividade estatal só pode ser exercida na conformidade da lei e do direito, a motivação é a pedra de toque que revela a observância das normas constitucionais e infraconstitucionais à atividade administrativa” (VELLOSO, Vera Maria Louzada. **A Motivação como Instrumento de Controle do Ato Administrativo**. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. p. 33).

O dever de expressar a justificativa da adoção de determinada conduta se presta a evitar a existência de falhas humanas que expressem um desalinhamento entre o projeto normativo e as escolhas da Administração. Imprescindível se torna a motivação da atuação apreciativa da Administração, a fim de permitir que seja possível controlar-se a conduta do agente. É a motivação que dará os subsídios necessários para que se compreenda o ato administrativo, possibilitando que se exerça sobre ele controle em seu mais amplo sentido, ou seja, jurisdicional, mas também popular, legislativo, etc²⁹¹.

Somente a partir de uma explanação clara e objetiva da decisão administrativa, que contemple a fundamentação normativa que a sustenta, os resultados que se visa a alcançar e os meios utilizados para tanto, é que é possível compreender-se sua conformidade com a juridicidade ou não, investigar-se a legitimidade da escolha e exercer-se o controle²⁹².

Como visto, não persistem, na evolução fática e jurídica que guiam ao alcance da Administração Pública de resultados, condutas da Administração Pública impassíveis de sindicabilidade. Para que haja, portanto, o respeito aos princípios e valores que regem o Estado Democrático de Direito, é necessário que as escolhas administrativas sejam devidamente fundamentadas²⁹³. Com efeito, a motivação funciona como “escudo” contra arbitrariedades e desvios por parte do agente administrativo²⁹⁴, que deve atuar objetivando finalidades públicas.

A extensão do dever de motivar variará a cada ordenamento jurídico, a partir do entendimento doutrinário²⁹⁵, jurisprudencial e, por vezes, por determinação legal. Não se pretende adentrar nesse mérito, mas apenas firmar a existência para a Administração Pública de Resultados, como norma geral, o dever de motivação de seus atos²⁹⁶.

O que se analisará, outrossim, é se há inter-relação entre o dever de motivar e o grau de vinculação do ato administrativo, e, havendo, como ela ocorre. Ou seja, cumpre analisar aqui, ainda, se o fato de ser mais ou menos densa a vinculação do ato influencia no dever de motivar que possui o agente administrativo.

²⁹¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle...** p. 105-109; VELLOSO, Vera Maria Louzada. **A Motivação como Instrumento...** p. 34.

²⁹² GIL, Philip. **Controle da Administração...** p. 174

²⁹³ Em sentido semelhante: CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. O dever de motivar... p. 418.

²⁹⁴ FREITAS, Juarez. **O Controle...** p. 92.

²⁹⁵ Cf. CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. O Dever de Motivar... p. 29-30. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle...** p. 105 e ss.

²⁹⁶ Assim também defende Florivaldo Dutra de Araújo. **Motivação e Controle...** p. 114.

Para os atos ditos vinculados – ou de vinculação rígida – a motivação tenderá a ser de maior simplicidade. Diz isso porque, no mais das vezes, caberá ao agente demonstrar tão somente os motivos fáticos e o direito aplicável ao caso, demonstrando a conformidade da conduta com a norma jurídica²⁹⁷. Apesar de aparentemente mais simples, pois, em tese, os motivos seriam mais facilmente dedutíveis, a motivação não poderá ser dispensada²⁹⁸. É imprescindível que a Administração Pública apresente os fundamentos de seus atos, pois apenas assim tornará conhecível a interpretação dada à lei²⁹⁹ e possível a verificação da correta incidência do ato à hipótese fática da norma que o motiva³⁰⁰.

Não se ignora o fato de que certos atos se encontram tão intensamente vinculados que sua aplicação da norma ocorre através de um processo quase automático. Assim ocorre, por exemplo, com as declarações de fim de prazos determinados em leis, nas quais não é necessária maiores interpretações ou exposições de motivos. Contudo, ainda assim, certa motivação será necessária, ainda que apenas pela exposição do fundamento legal como introdução à conduta administrativa³⁰¹.

Nos atos discricionários – ou de vinculação menos rígida –, entretanto, é que, aqui, com especial destaque, se aponta a necessidade de fundamentação. Isso porque, não apenas cumprirá à Administração demonstrar a fundamentação fática e jurídica, mas demonstrar a juridicidade de sua escolha com observância dos princípios³⁰². Será, portanto, de extrema importância a motivação dos atos discricionários, nos quais há maior espaço decisório e exigência maior especialidade dos instrumentos de controle, pois representa eficiente instrumento para a aferição da juridicidade da escolha formulada³⁰³.

Pode-se indicar, ainda, que será dispensável a motivação nos atos que não interferem na esfera jurídica de terceiros³⁰⁴, ou seja, nos que não há repercussão em

²⁹⁷ CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. O Dever de Motivar... p. 31.

²⁹⁸ FREITAS, Juarez. **O Controle...** p. 333.

²⁹⁹ Como afirma Juarez Freitas, “o administrador público jamais realiza, ainda que simule fazê-lo, subsunção automática da lei”, de forma que os atos vínculos “precisam ser rigorosamente motivados” (**O Controle...** p. 332).

³⁰⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle...** p. 112.

³⁰¹ Utilizando o exemplo da aposentadoria compulsória de funcionários públicos aos 70 anos, estabelecida pelo ordenamento brasileiro, que é praticada sem maiores explicações, Florivaldo Dutra de Araújo afirma que “no mínimo o suporte legal, que faz obrigatória a prática e o conteúdo do ato, deve ser invocada como introyto da manifestação de vontade do administrador (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle...** p.112).

³⁰² Cf. CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. O Dever de Motivar... p. 31.

³⁰³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. O dever de motivar... p. 419.

³⁰⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle...** p.115-116.

direitos e interesses legítimos individuais e coletivos³⁰⁵. De tal forma, para tornar mais eficiente e célere o procedimento administrativo, a ausência da motivação pode ser relevada. Haverá, entretanto, sempre, para a Administração, um dever de demonstrar seus fundamentos, se assim for requerido³⁰⁶.

Tal dispensa, entretanto, que parece se alinhar aos desideratos da Administração Pública de resultados, não poderá ser universalizada. Com efeito, a eficiência aparentemente obtida não poderá ser suficiente para preterir o controle, elemento essencial do Estado Democrático de Direito, o qual somente é possível diante da evidenciação, pelo agente, da adequação de sua escolha concreta perante as normas do ordenamento jurídico³⁰⁷. A mais, ceder-se-ia terrenos para atitudes de autoritarismo em vista a uma pretensa celeridade que poderá sempre ser prejudicada por petições, recurso e outros embaraços³⁰⁸.

Firma-se, portanto, a relevância da motivação no procedimento administrativo, sobretudo no exercício de competências não rigidamente vinculadas, nas quais o agente poderá exercer, em certa medida, escolhas e apreciações. Deve-se encarar, portanto, o dever de fundamentação como uma norma geral, a qual, mesmo que gozando de exceções em determinados ordenamentos jurídicos, tende a se firmar com cada vez mais força nos Estados Democráticos de Direito.

³⁰⁵ FREITAS, Juarez. **O Controle...** p.90.

³⁰⁶ FERRAZ, Sérgio. Instrumentos... p. 18.

³⁰⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. O dever de motivar... p. 450.

³⁰⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle...** p.117.

5. PRINCÍPIOS ORIENTADORES: CONSIDERAÇÕES GERAIS E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

Ao longo dos tópicos anteriores, foram ressaltadas algumas mudanças experimentadas pela Administração Pública, a qual caminha a uma Administração voltada a resultados. Qualquer reforma jurídica envolve a influência sistêmica de suas bases, ou seja, de princípios. Com efeito, seja através do reconhecimento de novos princípios ou pela ressignificação de antigos, uma reforma que se engendra nos paradigmas jurídicos (ainda que pertencentes à uma área especializada, v.g., Direito Administrativo), e não apenas em uma regulamentação jurídica pontual, experimenta a recepção de novas orientações principiológicas³⁰⁹.

É o que se visa a analisar agora, os princípios orientadores da Administração Pública de resultados. Através da investigação promovida, selecionou-se seis princípios de relevância no Direito Administrativo atual, seja por sua novidade, seja pelos contornos que passam a ter, quais sejam: eficiência; prossecução do interesse público; confiança; e participação.

Para o presente capítulo, tece-se notas propedêuticas sobre as normas princípios e oferece-se destaque especial ao princípio da eficiência, em reverência ao seu papel de destaque na reforma gerencial que promove a Administração Pública de resultados.

5.1. AS NORMAS PRINCÍPIOS: BREVES COMENTÁRIOS.

Propedeuticamente ao tratamento dos princípios que orientam a Administração Pública de resultados, cumpre realizar comentários, ainda que de forma perfunctória, sobre as normas princípios.

Já ao fim do século XX, impulsionados, sobretudo, pelos conflitos da Segunda Guerra Mundial, os ordenamentos jurídicos passam a incorporar princípios, como instrumentos de reaproximação entre o Direito e os valores, e a moral. Embora o fenômeno não ocorra de forma uniforme em todos Estados, sendo possível observar

³⁰⁹ Juan Carlos Cassagne expõe que “a dinâmica dos paradigmas faz com que as formulações dos princípios no mundo do direito requeiram um ajuste”, acrescentando, ainda, que é próprio dos princípios um dinamismo potencial diante de uma mutante realidade social, que se potencializa no Direito Administrativo, que sempre se encontra frente a um processo de adaptação da realidade, defendendo, entretanto, a permanência dos princípios e instituições fundamentais (**Os Grandes Princípios...** p. 74 e 101).

inclusive Constituições que consagraram princípios jurídicos em períodos históricos anteriores, é, sobretudo após os eventos desastrosos dos grandes conflitos mundiais do século passado, que se observa nos países de tradição ocidental a moralização do Direito.

Os princípios passam, pois, a ser a síntese valorativa nas ordens jurídicas, representando seus postulados básicos e seus fins, dando harmonia ao sistema e guiando o intérprete à regra concreta que irá reger a temática em apreciação³¹⁰. Representam, portanto, os princípios, os vetores, ideias e proposições que fundamentam as estruturas do sistema jurídico que faz partindo, garantindo sua logicidade e coerência³¹¹.

Atribui-se à obra do norte-americano Ronald Dworkin, "Levando os Direitos à Sério", publicada originalmente em 1977, a posição de paradigma na defesa da força normativa dos princípios³¹². Dedicado a criticar as teorias positivistas, sobretudo as lições de Herbert Hart, Dworkin afirmou não haver por que não se reconhecer que os princípios valem como as leis, podendo esses, sim, obrigar o juiz³¹³. Não se tratam, pois, de meros padrões axiológicos e éticos, mas de verdadeiras normas jurídicas.

O jusfilósofo introduziu a compreensão de que os princípios possuem dimensão de peso ou importância, os quais serão observados diante de casos concretos. Assim, é diante dos fatos que o operador do direito poderá verificar o peso que os princípios possuirão, podendo a relevância de um princípio ser mínima naquele determinado contexto, sem que este deixe de existir.

As regras, ao contrário, seriam um direito definitivo, que demanda total realização quando aplicado ao caso concreto. Enquanto os princípios comportam uma execução parcial, nas regras, aquilo que é garantido deve ser executado em sua totalidade³¹⁴.

³¹⁰ Luís Roberto Barroso sintetiza os três principais papéis desempenhados pelos princípios, quais sejam: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; e c) condicionar a atividade do intérprete (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 29-30).

³¹¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p.85.

³¹² Embora na obra de Paulo Bonavides seja possível encontrar a referência às lições do italiano Vezio Crisaffulli como um dos juristas que com mais força contribuiu na caminhada doutrinária da normatividade do princípio (**Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010. p. 273), não se pode negar que foi Dworkin que com maior êxito conseguiu formular uma teoria normativa dos princípios.

³¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. *passim*.

³¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45-46.

As contribuições de Dworkin ao Direito são decisivas, contudo, não se pode perder de vista que as lições desenvolvidas em "Levando os Direitos a Sério" possuem maior foco em firmar os princípios como instrumentos dos juízes na resolução de casos difíceis (*hard cases*), figurando como uma exigência de "justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"³¹⁵.

Os estudos do alemão Robert Alexy, outrossim, apresentam os princípios como normas que "exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"³¹⁶. Assim como Dworkin, o autor demonstra que os princípios não possuem um conteúdo *prima facie*, de forma que seus mandamentos são aferíveis com exatidão apenas diante de um caso fático. Contudo, Alexy propõe um conceito mais útil para as atividades executivas do Estado, demonstrando que os princípios exigem que o resultado por eles buscado seja realizado na maior medida possível, em face dos demais princípios aplicáveis ao caso que se apresentar ao operador, bem como das possibilidades fáticas.

Relevantes, ainda, as reflexões de Humberto Ávila, cuja proposta conceitual de princípios os revela como normas "imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção"³¹⁷. Assim, os princípios são normas que condensam as finalidades de determinada comunidade jurídica, possuindo, pois, alta carga valorativa a qual se pretende parcial. Contudo, a parcialidade não é do aplicador, mas sim do ordenamento e do estado das coisas, de forma que a densificação e complementação de seu conteúdo deve ocorrer sempre através do balanceamento das conquistas fáticas pretendidas e as consequências das condutas entendidas como necessárias à sua promoção.

Os princípios e as regras divergem, pois, qualitativamente, uma vez que estas últimas prescrevem exigências imperativas (imposições, permissões ou proibições), que são ou não cumpridas³¹⁸. São normas possuidoras de um detalhamento mais

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério...** p. 36.

³¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 103.

³¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 102.

³¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1161.

robusto que os princípios, as quais serão inteiramente aplicadas, ou inteiramente inaplicada, ao caso concreto³¹⁹.

Contudo, a caracterização dos princípios como mandado de otimização, embora majoritária, não alcança a todos. Juan Carlos Cassagne, por exemplo, é categórico ao afirmar que boa parte dos princípios são mandamentos de aplicação imperativa³²⁰. Em suas lições, a imperatividade aconteceria, notoriamente, com os princípios de direito público (entre os quais, os de direito administrativo), que não admitiriam otimização, já que o ótimo é a realização plena do princípio³²¹.

Com as devidas vênias, não há aqui como concordar com o professor argentino, pois não há, efetivamente, como encarar os princípios como mandados de definição, uma vez que, por sua natureza, os princípios possuirão, em sua concretização fática, uma convivência conflituosa entre si, que irá impor que diferentes princípios sofram diferentes graus de satisfação³²². Cassagne cita, como exemplo de princípio que não permite outra forma de realização, se não a plena, a “boa fé”. Com efeito, numa determinada situação, ou houve boa-fé do envolvido ou não. Contudo, o que irá ser ponderada, na situação fática, é a relevância que o princípio da boa fé terá sobre a solução final, uma vez que outros princípios, como a legalidade e o interesse público – v.g. em análises sobre a convalidação de ato administrativos viciados – podem surgir a demandar soluções antinômicas àquela que seria obtida se o primeiro princípio fosse plenamente realizado.

Retornando-se, pois, à questão central, tem-se que, por sua acentuada generalidade, os princípios permitem a atualização do ordenamento jurídico dentro de uma sociedade pluralista e mutante³²³. Destarte, por constituírem uma deontologia teleológica e por permitirem que o sistema jurídico mantenha sua atualidade diante da complexidade e mutabilidade social, os princípios são normas de extrema relevância na Administração Pública de resultados, mormente por,

³¹⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 165.

³²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes Princípios...** p. 70.

³²¹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes Princípios...** p. 70.

³²² Segundo Paulo Otero, os princípios “assumem a natureza de ‘mandatos de otimização’, e necessitam sempre de uma ulterior atividade de concretização, nunca obedecendo a uma lógica de exclusão antinômica, antes surgem numa ‘convivência conflitual’ com princípios que apontam em direção contrária, sem qualquer pretensão de exclusividade, circunstância que determina exigir a sua aplicação uma atividade de ponderação e envolver diferentes graus ou níveis de satisfação ou realização, permitindo ‘o balanceamento de valores e interesses’, consoante as possibilidades jurídicas e facticas existentes em cada momento e o peso ou a importância dos princípios em causa” (**Legalidade e Administração Pública...** p. 165-166).

³²³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p.86-87.

ademais dessas características, vincularem, em última instância, os procedimentos administrativos de vinculação leve.

A aplicação dos princípios dará ao agente administrativo um poder suplementar de proceder a ponderações dos bens interesses que tutela, conferindo à Administração Pública um protagonismo na realização do Direito³²⁴. Nesse diapasão, quando o Legislador apresenta um princípio como estruturante da Administração Pública, não há uma imposição de realização total daquilo que a norma exige, mas a determinação de que a atuação dos órgãos e entidades administrativos do Estado – bem como quem lhe faça as vezes – deve pautar-se na promoção máxima daquele fim sistêmico. Contudo, para que haja a idealizada promoção máxima, é necessário que haja condições fáticas e jurídicas ideais, o que dificilmente ocorre³²⁵.

Assim, as normas que serão analisadas a seguir – neste capítulo e no próximo –, por natureza, não representam um mandamento definitivo, dependendo de atividade ponderativa – das possibilidades fáticas e jurídicas, bem como do estado de coisas e das consequências que se pretende alcançar – para alcance da regra de conduta do caso concreto.

5.2. EM ESPECIAL: EFICIÊNCIA

“Eficiência” é um termo que diversas vezes foi apresentado neste estudo e que por diversas outras ainda será. Com efeito, houve oportunidade de demonstrar que a Administração Pública possui o desafio de tornar-se mais eficiente, a fim de quebrar com o autorreferenciamento e engessamento de uma gestão burocrática e adequar-se às demandas da realidade complexa e mutante da atualidade. Assim, o princípio da eficiência é, senão o pilar, o propulsor da Administração Pública de resultados.

Trata-se de princípio que impõe que, diante da escassez dos recursos e da limitação dos fatores e técnicas disponíveis, a Administração alcance a melhor satisfação possível dos fins almejados³²⁶, ou seja, dos resultados perseguidos.

Sobretudo no fim do século XX, portanto, inicia-se um processo de positivação do princípio do ordenamento jurídico de diversos países de tradição de

³²⁴ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 167.

³²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais...** p. 40.

³²⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** 182.

Direito Administrativo, como forma de firmar juridicamente o compromisso com a reforma da Administração Pública³²⁷. O desiderato do princípio da eficiência vai se apresentando, exemplificativamente, no princípio do *buon andamento*, estabelecido no art. 97, da Constituição italiana de 1948; no princípio de *eficacia*, no art. 103, da Constituição espanhola de 1978; em Portugal, no princípio da eficácia estampado no art. 267, da Constituição da República Portuguesa de 1976, e no princípio da “boa administração”, presente no artigo 5º do Código de Procedimento Administrativo de 2015. Na América Latina, ainda, é possível sublinhar o princípio da eficiência inserido no art. 37, da Constituição brasileira de 1988, em reforma realizada em 1998; e, na Argentina, embora a Constituição não preveja expressamente o princípio, apenas apresentando-o em implicitamente em seu conjunto, a Lei de Procedimento Administrativo de 1972 estabelece, em seu art. 1º, os princípios da *celeridad, sencillez e eficacia*.

Pode-se entender que, uma vez que a Administração Pública desempenha uma atividade instrumento, a fim de atender a necessidades públicas, seria redundante e desnecessária a positivação do princípio da eficiência, pois já seriam juridicamente inadmissíveis a negligência e a ineficiência³²⁸. Acrescenta-se, ainda que, a eficiência é o que se espera de toda administração³²⁹. Contudo, é imperioso notar que a eficiência e o compromisso com os resultados, embora algo logicamente esperado no mundo das ideias, durante a história não se mostrou como prioridades fáticas da Administração.

Assim, a positivação da eficiência como princípio jurídico, mormente em ordenamentos jurídicos que o estabelecem em sede constitucional, torna mais robusta as diretrizes da reforma da Administração Pública. Ao Poder Público não cumpre mais ser eficiente apenas por uma questão de lógica, porque assim deve ser, mas por imposição normativa. Deixa de ser apenas uma proposta politicamente

³²⁷ “As reformas administrativas que se verificaram em inúmeros países a partir da década de 90 surgiram como alternativa para o enfrentamento da crescente escassez de recursos financeiros, em ajuste às modernas regras de economia de mercado e principalmente para superar a crise do Estado burocrático” (SÁVIO, José. O Controle Judicial da Administração Pública e a Efetivação do Princípio da Eficiência, **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 11, nº 18, jan/jun 2012. p. 539).

³²⁸ Nesse sentido: MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/jun./jul., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redar.asp>>.

³²⁹ FONTES, Ana Lúcia Berbet de. Capítulo I: Das Disposições Preliminares (Arts. 1º a 3º) *In*. ATTINÁ, Cláudia Magalhães Guerra (Coord.). **Comentários à Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia**: Lei nº 12.209 de 20 de abril de 2011. Salvador: Procuradoria Geral do Estado, 2013. p. 36.

correta, para tornar-se um dever jurídico imposto a todos que gerem a Administração Pública quer seja direta ou indireta³³⁰. Institucionaliza-se um compromisso, enfatiza-se um múnus estatal e juridiciza-se todos os fins inerentes à efficientização da Administração.

5.2.1. Conteúdo jurídico

Note-se, enfim, que, se o vocábulo “eficiência” é recepcionado no mundo do Direito, é necessário atentar-se ao que expressará nesta ciência, pois, o Direito “converte em jurídico tudo aquilo em que toca”³³¹. Com efeito, uma vez incorporados ao Direito, os padrões de juridicizam³³², e se tornam vinculantes³³³. E qual seria, então, o conteúdo jurídico do princípio?

O senso comum informa que uma atuação eficiente é aquela apta a realizar suas atividades de forma célere, precisa, com utilização dos melhores meios e métodos possíveis, com o mínimo sacrifício de recursos, de forma a aprimorar a produção e potencializar os resultados.

Embora, em sua faceta jurídica, careça de uma conceituação mais densa, essas noções iniciais estão aptas a demonstrar que o princípio impõe, sobretudo, uma otimização dos meios, métodos e procedimentos³³⁴ da atividade da Administração Pública. Impõe, portanto, que, diante dos recursos escassos, bem como dos fatores e técnicas disponíveis, a Administração Pública alcance a melhor satisfação possível dos fins almejados³³⁵.

³³⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTE, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 326.

³³¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8 e 22.

³³² Com foco na eficiência, o professor brasileiro Emerson Gabardo: “ (...) é um duplo equívoco asseverar que a eficiência é um conceito exclusivamente econômico. Primeiro, porque sua etimologia é independente de qualquer conotação intrinsecamente econômica (no sentido moderno do termo, ou seja, com denotação plutocrática), referindo-se exclusivamente a uma atividade racional, destinada a encontrar os melhores meios para a obtenção otimizada dos fins almejados. Segundo, porque, ainda que fosse um conceito intrínseca, exclusiva e instavelmente econômico, perderia tal significado ao ser absorvido pela ordem jurídica” (**Princípio Constitucional...** p. 91).

³³³ Nesse sentido, assevera Paulo Otero que “sempre que a ordem jurídica confere ou reconhece relevância vinculativa a factos ou a normas extrajurídicas face à Administração Pública, ocorre aqui um fenómeno de ‘juridificação’ de tais realidades – tudo se passa como se fosse uma vinculação jurídica (**Manual... Vol I...** p. 84).

³³⁴ É *eficácia*, inclusive, como já dito, o termo utilizado pelo ordenamento espanhol para designar o princípio que reflete os desideratos aqui retratados. Na doutrina, vide: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 47. Em termos semelhante: MÓDESTO, Paulo. Notas para um... p. 9.

³³⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 182.

É fato que, por ser princípio, a eficiência estabelece fins a serem perseguidos pela Administração Pública; contudo, neste particular, os objetivos estabelecidos, em essência, não são fins em si mesmo, mas imperativos de melhora comportamental e operacional da gestão pública, desde a escolha dos métodos à atuação concreta dos agentes públicos.

Trata-se, portanto, de norma jurídica com ressaltado caráter instrumental³³⁶. A eficiência visa a impedir que o agente administrativo aplique a norma habilitadora de forma desleixada, que possa levar a um alcance ineficiente ou pouco eficiente dos resultados³³⁷, ou, pior, ao não alcance dos objetivos almejados. Justamente por seu caráter instrumental, o conceito de eficiência se revela relativo, variando, sobretudo, em razão dos fins visados, que condicionarão de alguma forma o padrão do que seria eficiente ou ineficiente³³⁸. Contudo, uma vez incorporado ao sistema jurídico na qualidade de princípio, cumprirá à Administração realizar as escolhas necessárias para exercer suas atividades da forma mais eficiente possível, de acordo com os recursos disponíveis, parâmetros de seu tempo e especificidades do local³³⁹, bem como, com os fins prosseguidos.

A Administração Pública eficiente deve ser apta, pois, a superar a autorreferência da burocracia, que, supervalorizando os procedimentos e parâmetros legais, se tornou inapta de realizar satisfatoriamente os seus misteres³⁴⁰. Por isso dizer-se que a eficácia é faceta indissociável da eficiência³⁴¹. A eficiência, em um sentido lato, se preocupará com os resultados que deverão ser alcançados pela Administração Pública, sendo a eficácia a representação dessa vinculação às finalidades postas à sua prossecução³⁴².

³³⁶ MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

³³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. p. 4.

³³⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p.173.

³³⁹ “A determinação dos parâmetros de eficiência, por outro lado, varia em relação ao tempo (...) dependem da tecnologia, do estágio de desenvolvimento do país, dos recursos disponíveis, etc. e, por fim, dependem das condições de fato existentes, como a ideologia operante” (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p.173).

³⁴⁰ Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, com vistas ao sistema brasileiro, sintetizam: “Já é hora, no direito brasileiro, de proclamar-se que o princípio da eficiência implica o dever jurídico, vinculantes dos gestores públicos, de agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com o menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público” (**Políticas Públicas nas Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 328).

³⁴¹ Neste sentido: CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Op. cit.* p. 47; SÁVIO, José. O controle... p. 539-540.

³⁴² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p.179.

Nesse plano, a preocupação é com a realização efetiva dos objetivos, com o sucesso das medidas adotadas. Não se ignora que é possível ser eficaz, sem ser eficiente, sendo certo que quase sempre é possível alcançar um determinado resultado de ao menos duas formas diferentes, e uma delas poderá ser mais eficiente que a outra³⁴³. Aponta-se, entretanto, na eficiência como “a realização de um fim por sua melhor opção”³⁴⁴, ou seja, a melhor forma de obter-se a eficácia dos resultados almejados pela Administração Pública³⁴⁵.

A Administração Pública de resultados outorga maior autonomia ao administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros, orientando-a, outrossim, para o cidadão, e não mais em benefício do próprio aparelhamento estatal³⁴⁶.

Reconhece-se, pois, que os comandos normativos não apenas autorizam formalmente o Gestor Público a atuar em persecução dos fins tutelados pelo ordenamento jurídico, mas são verdadeiros mandamentos impositivos de efetiva realização. Com efeito, todas as atribuições típicas da gestão da coisa pública são, em sua substância, poderes-deveres jurídicos, posto que sua atuação deve sempre voltar-se ao interesse público³⁴⁷. A mais, impõe-se que a gestão se perfaça dentro dos melhores padrões de qualidade possíveis³⁴⁸, impõe-se uma postura ativa voltada ao aprimoramento contínuo do cumprimento dos demais princípios constitucionais³⁴⁹.

A Administração Pública é sempre uma administração da coisa alheia, cumprindo-lhe, pois, atender ao interesse público³⁵⁰. Há uma relação indissociável entre o atendimento a um interesse e a idoneidade dos meios adotados para seu alcance, já que não se alcança o fim posto sem a utilização dos meios adequados.

³⁴³ ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O Controle Jurisdicional da Eficiência Administrativa: Na Perspectiva dos Direitos Brasileiros e Português**. Tese (Doutorado). Universidade de Lisboa: Lisboa, 2015. p. 68.

³⁴⁴ ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O Controle...** p. 63.

³⁴⁵ As conceituações aqui apresentadas não são absolutas, a notar-se, por exemplo, nas lições de Onofre Alves Batista Junior: “Pode-se observar que a ideia de eficiência privilegia a virtude de produzir um resultado, um efeito; tem a ver com a ação, enquanto a eficácia pede que este resultado seja bom, seja o desejado” (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p. 93).

³⁴⁶ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. **Parecerias... p???**

³⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 91.

³⁴⁸ FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael (Org.). **Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 47-48.

³⁴⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 141.

³⁵⁰ Na pena de Rogério Guilherme Ehrhardt Soares: “Na verdade, toda a atividade administrativa se esgota no exercício de poderes jurídicos, de manifestações de uma posse para a cura de um interesse alheio: o interesse público” (Interesse Público... p. 181)

Assim compreender-se que a boa administração da coisa pública, de forma eficiente – sendo a eficiência um instrumento para atingimento das finalidades previamente postas pelo ordenamento jurídico –, configura-se como um imperativo inafastável³⁵¹.

Na doutrina, pode-se encontrar a sistematização de aspectos nos quais é possível visualizar a implicação do princípio enquanto um dever jus-administrativo: 1) o afastamento ao dever de eficiência é vício passível de fundamentar certas impugnações administrativas (reclamações e recursos)³⁵²; 2) pode motivar sanções disciplinares a funcionários públicos³⁵³; 3) pode justificar revogação, modificação ou substituição de atos ou regulamentos administrativo³⁵⁴; 4) serve para fins de classificação de funcionários, sobretudo como parâmetro meritório para promoção, assim como para responsabilidade disciplinar³⁵⁵; 5) pode ser relevante para determinação de culpa de titular de órgão ou agente, na delimitação responsabilidade civil perante terceiros³⁵⁶.

Convém, ainda, na delimitação do conteúdo jurídico do princípio, diferenciar a eficiência pública da eficiência privada justamente pelos objetivos aos quais visam. Para a administração privada, a eficiência é instrumento, notadamente, para maximização dos lucros; igual lógica não pode ser aplicada à seara pública. A Administração Pública possui finalidades cogentes voltadas à satisfação do bem comum, do interesse público, dos valores juridicamente tutelados. Teme-se, pois, a compreensão do princípio através de uma ótica privada, sob pena de colocar-se em segundo plano aquilo que é essencial, ressaltando, inclusive, que uma das principais funções, na modernidade, do serviço público é de atender às necessidades públicas com justiça social e equidade, o que não é, e nem deve ser, objeto do mercado privado³⁵⁷.

O Estado em mutação proclama por uma eficiência socioeconômica, “que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior

³⁵¹ Em termos semelhantes: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle Judicial...* p. 10; SOARES, Rogério Guilherme Ehrarhdt. **Interesse Público, legalidade e mérito**. Coimbra, 1955. p. 180-181.

³⁵² AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso... Vol. II**. p. 47; Alexandre Sousa Pinheiro; Tiago Serrão; Marco Caldeira; José Duarte Coimbra. **Questões fundamentais para aplicação do CPA**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 77; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgador de. **Direito Administrativo... Tomo I**. p. 209-210.

³⁵³ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso... Vol. II**. p. 47; Alexandre Sousa Pinheiro; Tiago Serrão; Marco Caldeira; José Duarte Coimbra. **Questões fundamentais...** p. 77

³⁵⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgador de. **Direito Administrativo... Tomo I**. p. 209-210.

³⁵⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgador de. **Direito Administrativo... Tomo I**. p. 209-210.

³⁵⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso... Vol. II**. p. 47; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgador de. **Direito Administrativo... Tomo I**. p. 209-210.

³⁵⁷ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p. 163-172.

quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes³⁵⁸. Com efeito, são da sociedade os recursos utilizados pelo Gestor Público e é para a sociedade que se voltam os seus misteres.

O princípio jurídico da eficiência administrativa impõe, portanto, um aperfeiçoamento da gestão pública, de forma instrumental, por uma otimização dos meios e recursos utilizados, com vistas à realização satisfatória das finalidades públicas, com menores ônus possíveis, tanto para o Estado, como para os interesses e direitos dos cidadãos³⁵⁹.

5.2.2. Deveres Correlatos

O princípio da eficiência, possui, em seu conteúdo jurídico, uma série de deveres correlatos, conexos a seu escopo de tornar mais eficiente as atividades da Administração Pública. Tratam-se de deveres obtidos com base em uma percepção ampla do princípio da eficiência, elencados, aqui, a partir da observação do conteúdo jurídico apresentado em ordenamentos que adotam o princípio, embora, como já exposto, por vezes, utilizando nomenclatura distinta daquela que optamos para aqui expô-lo.

Há, portanto, no mandado de otimização que impõe à Administração a escolha dos melhores meios para obtenção dos melhores resultados, deveres outros, os quais podem ser listados, sem pretensão de esgotamento, a fim de tornar mais robusto seu conteúdo *prima facie*. Na impossibilidade de propor-se um conceito estanque à eficiência, é propícia a análise desses conceitos afins, que, na concepção *lato sensu* do princípio,

Um desses deveres, acima mencionado, é o da eficácia, pois, como dito, o princípio possui incidência instrumental, a fim de que a Administração Pública alcance os resultados que busca, e os alcance da melhor forma possível, do ponto de vista do tempo, gastos e proveitos. Tratar-se-á, ainda, da economicidade, da produtividade, da celeridade e da desburocratização.

Por dever de *economicidade*, deve a Administração desenvolver suas atividades com o emprego dos melhores meios do ponto de vista de custos. É, pois,

³⁵⁸ MORERIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 103.

³⁵⁹ Em sentido semelhante: ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência...p. 1.

um aspecto econômico da eficiência, que visa à contenção no dispêndio dos recursos. O resultado procurado é aquele obtido com a contenção de despesas e mínimo de desperdício³⁶⁰.

A busca irrefreada por economicidade, entretanto, pode ser prejudicial ao atendimento das reais necessidades públicas³⁶¹. Em determinada medida, a economia pode comprometer o alcance dos fins desejados, resultando em desperdícios por insuficiência de resultados³⁶². Não raro, a economicidade pode ser menor determinante na escolha administrativa concreta, em razão dos demais interesses em jogo³⁶³. Assim, no mais das vezes, como dever de eficiência jurídica, a economicidade deve ser interpretada como uma adequação na relação “custo x benefício” e no combate ao desperdício³⁶⁴.

Nesse sentido, a eficiência conecta-se, também, à *produtividade*, segunda a qual, para alcance do resultado que lhe é posto, deve a Administração depender os menores recursos e, com os recursos que lhe estão disponíveis, obter os melhores resultados³⁶⁵. Assim, a produtividade é demonstrada através da relação entre o produto final e os meios utilizados na produção³⁶⁶, avaliando-se como estes podem variar a fim de obter-se o melhor resultado³⁶⁷.

Pela *celeridade*, entende-se que a atuação da Administração Pública não pode quedar-se paralisada ou se desenvolver lentamente³⁶⁸. Para ser a melhor, a solução buscada na persecução do bem comum deve ser atingida rapidamente³⁶⁹; deve-se, portanto, optar por práticas que resultem em maior agilidade e rapidez, para que haja economia de tempo³⁷⁰.

³⁶⁰ Cf. ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O Controle Jurisdicional...** p. 64-65.

³⁶¹ BORGES, Alice Gonzales. Inovações nas Licitações e seus Aspectos Constitucionais. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 1, set/out/nov., 2007. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>>.

³⁶² ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O Controle Jurisdicional ...** p. 66.

³⁶³ É o que expõe Onofre Alves Batista Junior, citando, ilustrativamente, a possibilidade de existir uma necessidade de compra de vacinas diante de uma iminente epidemia de grandes proporções, caso em que a celeridade pode acabar diminuindo a força ponderativa da economicidade (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p. 188).

³⁶⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p. 188.

³⁶⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p.183.

³⁶⁶ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** p. 27

³⁶⁷ ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O Controle Jurisdicional...** p. 68.

³⁶⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144.

³⁶⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p 197.

³⁷⁰ ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O Controle Jurisdicional...** p. 68-69.

Há, ainda, que se encontrar o ponto ótimo entre a segurança e a otimização do tempo. “Aquele que decide rápido, decide usualmente mal”³⁷¹, de forma que a celeridade deve ser observada, mas com a devida cautela, não sendo dado ao Gestor afastar-se dos objetivos públicos. A eficiência não permite à Administração afastar-se do seu dever de recolher todas as informações e realizar todas as diligências necessárias para a boa realização de suas atividades, mas impõe que ela se restrinja ao que é restritamente necessária, escusando-se dos excessos e extravagâncias. Nessa faceta, a eficiência protesta por lógica e coerência, para que os procedimentos públicos sejam céleres – sendo certo que a extemporaneidade não raramente poderá levar à inutilidade do resultado³⁷² –, mas não desgovernados, atropelando atos e fatos necessários para a garantia dos direitos e interesses da sociedade.

Também se associa à eficiência a *desburocratização*, enquanto mandado de que a Administração seja o quão menos burocrática quanto as condições fáticas e jurídicas a permita. O princípio serve, portanto, de desestímulo a “estruturas desnecessariamente complexas, duplicações, de atribuições ou competências, distanciamento excessivo entre as entidades administrativas e os particulares e entre os órgãos de instrução e de decisão e os seus destinatários”³⁷³, bem como à excessiva complexidade e formalidade dos procedimentos, que o tornem demasiadamente longos e lentos³⁷⁴.

Não é legítimo, entretanto, assumir posicionamentos extremistas, no sentido de que a Administração que se pretende eficiente deve afastar qualquer ideia de burocracia³⁷⁵. Assumiu-se, pois, a burocracia apenas por seu extrato negativo, tal qual o termo restou configurado no imaginário popular. A procedimentalização, a especialização e a formalização em níveis adequados, bem como a profissionalização das ocupações públicas são extremamente positivas, e não podem ser simplesmente afastadas pelo novo paradigma.

Decorre, ainda, do dever de desburocratização, a aproximação dos serviços aos cidadãos, entendendo-se que as necessidades coletivas serão mais bem satisfeitas se os agentes executores dos serviços estiverem mais próximos dos

³⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre o “Processo Administrativo Fiscal”. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 33, p. 108-132, 1998. p. 109.

³⁷² GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** p. 27

³⁷³ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgador de. **Direito Administrativo Geral – Tomo I: Introdução e princípios fundamentais**. 5. ed. Alfragide: Dom Quixote, 2014. p. 143.

³⁷⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional...** p. 200.

³⁷⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo...** p. 46

destinatários³⁷⁶. Com efeito, está mais apto a satisfazer as demandas públicas aqueles que a conhecem de perto e que dialoga com o particular interessado.

³⁷⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgador de. **Direito Administrativo... Tomo I.** p. 144.

6. PRINCÍPIOS ORIENTADORES: PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO, PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E PARTICIPAÇÃO.

Havendo sido analisado o papel e relevância das normas princípio na atividade da Administração Pública e, com destaque, o princípio da eficiência, cumpre examinar os demais princípios eleitos como relevantes à base valorativa que rege a Administração Pública de resultados.

Os comentários iniciais giram em torno do princípio da prossecução do interesse público. Trata-se de uma das normas cardeais do Direito Administrativo, que entretanto, merece revisão diante das reformas vividas pela Administração Pública. Em seguida, serão analisados dois importantes princípios que surgem como paradigmas da maior atenção jurídica dada à posição do administrado nos ordenamentos atuais, quais sejam: a proteção da confiança e a participação.

6.1. PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO.

A prossecução do interesse público não é um princípio que goza de qualquer novidade no Direito Administrativo. Ao revés, é princípio primordial ao regime de direito público³⁷⁷, o qual indica, conforme sua própria leitura literal indica, que as atividades da Poder Público devem se dirigir à satisfação do interesse público.

O que se visa aqui, outrossim, é a investigar a evolução do princípio ao longo das intensas mudanças vividas entre a transição entre sua origem na sociedade burguesa ao seu alcance da sociedade atual, essencialmente plural. Nota-se que, em sua origem, o princípio foi utilizado de forma excludente e como justificativa para certas medidas autoritária, ao passo que hoje, necessitando-se democrático, não poderá deixar de considerar os diversos interesses que se apresentam à Administração Pública.

Aqui, apresenta-se a conjugação com o princípio da proporcionalidade, que se apresenta como instrumento hábil a harmonizar e equilibrar os interesses que se apresentam aos casos concretos das atividades administrativas. Assim, o presente ponto desse estudo acabará por analisar dois princípios jurídicos que influenciam o procedimento administrativo.

³⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...** p. 55.

6.1.1. A Origem Controvertida do Interesse Público Enquanto Princípio da Administração Pública.

Como visto acima, uma das conquistas da modernidade, a partir das revoluções burguesas, foi a despersonalização do Estado. Se antes o Poder Público encontrava-se personificado na pessoa do soberano, no Estado liberal o poder pessoal é substituído por um poder estatal, sobre o qual se busca desenvolver teorias racionais. Nesse processo, separa-se o Estado da sociedade, pondo-se, para aquele, o dever de cumprir o interesse público. Com efeito, num Estado absolutista, não há como se discernir interesse público do interesse privada, sendo certo que o exercício do Poder era personificado, vinculado apenas imediatamente à vontade do monarca, e, mediadamente, à de sua corte e dos sacerdotes³⁷⁸.

É, portanto, no Estado de Direito, inaugurado pelos Estados liberais pós revoluções burguesas, que se pode dissociar um interesse público, enquanto interesses da sociedade organizada³⁷⁹. Muito embora seja possível resgatar das civilizações gregas antigas, desde o período helênico, ideias concernentes a interesses públicos regentes do Estado, é após a revolução francesa de 1789 que se busca a edificação de um princípio do interesse público a justificar racionalmente a nova disciplina estatal³⁸⁰. Com efeito, é reconhecido que a caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade implica na formação de um nova disciplina jurídica, o Direito Público, no qual se encontra o Direito Administrativo³⁸¹.

É nesse momento, portanto, que surge, em França, o Direito Administrativo, a fim de regulamentar a atuação desse novo Estado, sobretudo em proteção do

³⁷⁸ A dificuldade de discernir a esfera pública da privada é constatada por Éllida Neiva Guedes, que completa afirmando que “o conceito de representatividade pública vinculava a autoridade ao senhor feudal, ao rei e ao sacerdote” (Espaço Público Contemporâneo: Pluralidade de Vozes e Interesses. 2010. Artigo científico do acervo da Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação, disponível em: <<<http://www.bocc.ubi.pt/pag/guedes-ellida-espaco-publico-contemporaneo.pdf>>>).

³⁷⁹ “O interesse público desenvolve-se com a Revolução Francesa no sentido de opor-se aos interesses personalistas, devendo prevalecer a vontade geral” (GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: O Estado e a Sociedade Civil para Além do Bem e do Mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 274).

³⁸⁰ NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014. p. 81. NAVARRO, Lorena Magalhães. **Análise da Participação Popular nas tomadas de decisões da Administração Pública - Contributo do Orçamento Participativo como mecanismo concretizador**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Lisboa, 2014. p. 20.

³⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...** p. 55.

cidadão de eventuais ingerências da função administrativa estatal, recém autonomizada pela separação dos poderes inaugurada³⁸².

Contudo, há, na gênese desse surgimento do Direito Administrativo, uma contradição que convém ser demonstrada. A normativa nova a subordinar a Administração Pública possuía origem pretoriana, não se originando do Legislativo, representante, no ideal liberal, da vontade geral do povo³⁸³. Com efeito, o Direito Administrativo vem a nascer de regras e princípios jurídicos próprios à regulamentação das atividades da Administração Pública, afastando-o do direito comum, regras e princípios esses que se originam da jurisprudência do *Conseil d'État*³⁸⁴. Ou seja, nasce no seio da própria Administração Pública, na jurisdição administrativa – recordando-se que, embora órgão jurisdicional, os Tribunais Administrativos não integravam o Poder Judiciário³⁸⁵ –, embora seja de se pontuar que não havia ingerências institucionalizadas entre o contencioso administrativo e a Administração atuante³⁸⁶.

Assim, a prossecução do interesse público pelas entidades e órgãos administrativos surge, contraditoriamente, como um instrumento de legitimação de condutas autoritárias, desconsiderativas das posições subjetivas dos administrados³⁸⁷. Assegurava-se ao Estado o monopólio da garantia e definição do interesse público, garantindo-se a autoridade³⁸⁸. Ainda após as revoluções burguesas, com a nova base ideológica e novas instituições, os Estados ocidentais eram marcados culturalmente pelo arbítrio e pela opressão³⁸⁹.

³⁸² Fundamentos históricos... p. 81-82.

³⁸³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** p. 11.

³⁸⁴ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 275-276.

³⁸⁵ A origem da Jurisdição Administrativa não sendo o foco, convém citar, aqui, a síntese de Romeu Felipe Bacellar Filho, para breves esclarecimentos: "O pensamento nuclear da Revolução, que engendrou a construção da Jurisdição Administrativa, fundamenta-se na ideia de que se os processos administrativos pudessem ser julgados pelos órgãos judiciários, dar-se-ia poder para que estes tumultuassem a atividade administrativa, restando comprometida a independência da Administração. Este raciocínio guardava um sentido histórico inequívoco: o sentimento generalizado de desconfiança em relação ao Poder Judiciário, inspirado na lembrança dos Paramentos do Antigo Regime. Para os revolucionários, o Poder Judiciário era um verdadeiro rival do Poder Administrativo" (Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: uma Perspectiva de Direito Comparado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 211, 65-77, jan./mar., 1998. p. 66).

³⁸⁶ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública...** p. 276-278.

³⁸⁷ Paulo Otero se posiciona no sentido de que a construção de uma jurisdição administrativa e, conseqüentemente, do Direito Administrativo, "mais não representa do que a recuperação de uma herança diretamente proveniente do *Ancien Régime*" (**Legalidade e Administração Pública...** p. 276). Já segundo Gustavo Binbenojm, categorias básicas do direito administrativo como a "supremacia do interesse público", são "tributárias deste pecado original consistente no estigma da suspeita de parcialidade de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio" (**Uma Teoria...** p. 15).

³⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito...** p. 205.

³⁸⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse Público...** p. 269.

O reconhecimento dessa origem autoritária não pode, entretanto, ignorar por completo que o princípio do interesse público, e a própria normativa do Direito Administrativo, constitui também um instrumento de libertação³⁹⁰. Deve-se ter em vista que o Direito Administrativo que surge após a revolução francesa, embora imbuído de ideais liberais, insere-se em uma realidade ainda não totalmente transformada, ainda afeita a práticas autoritárias³⁹¹. Não é, portanto, completamente justo afirmar que as proposições do *Conseil d'État* estivessem completamente alheias aos ideais liberais³⁹², muito embora estas tenham se desenvolvido mais fortemente com o passar dos anos.

É nesse momento histórico, enfim, embora ainda não completamente dissociado da cultura autoritária, que se plantam as sementes para uma Administração Pública democrática e igualitária. Muito embora o interesse público pudesse ser – e ainda é, por vezes – utilizado de forma retórica a fim de legitimar práticas arbitrárias, já em sua origem é uma indicação de que o Poder Público não se volta a satisfação da vontade de uma classe tida como nobre, nem dos administradores, mas para o conjunto social.

Como cediço, o Direito Administrativo vem passar por severas reformas e alterações, com destaque à sua constitucionalização e democratização. Na realidade jurídica atual, não se pode admitir um interesse público que permita condutas estatais completamente desconsiderativas da posição jurídica individual do particular, com a pretensa justificativa de satisfação do interesse público, mormente com a consagração dos direitos fundamentais. A mais, não há como se falar em um único interesse público – se é que já houve como – diante da acentuada pluralidade da sociedade atual. Assim, embora ainda seja importante sustentar-se que o desiderato do aparelhamento administrativo estatal seja a satisfação do(s) interesse(s) público(s), é imperioso compreender as dimensões atuais, ainda que *prima facie*, do princípio³⁹³.

6.1.2. A Prossecução do Interesse Público e os Direitos Fundamentais

³⁹⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse Público...** p. 255.

³⁹¹ GABARDO, Emerson. **Interesse Público...** p. 256.

³⁹² Tal desconexão é proposta por Gustavo Binenbojm (**Uma Teoria...** p. 11) e diretamente contraditada por Emerson Gabardo (**Interesse Público...** p. 258).

³⁹³ “A não ser do ponto de vista simbólico (que não deixa de ser importante), qualquer relação de identidade de sentido entre o signo “interesse público” do século XIX e aquele presente em realidades posteriores (...) configura um anacronismo historiográfico” (GABARDO, Emerson. **Interesse Público...** p. 258)

Como cedição, os sistemas jurídicos em Estados Democráticos de Direito atualmente tendem a reconhecer a fundamentalidade de certos direitos, que assim são consagrados nas Constituições, potencializando-se sua proteção e promoção³⁹⁴. São direitos público-subjetivos dos cidadãos, que, gozando de normatividade superior, visam, sobretudo, à limitação da atuação dos poderes públicos em face das pessoas³⁹⁵.

Assim, os direitos fundamentais possuem uma função de defesa, representando direitos a ações negativas, abstenções do Estado³⁹⁶. Proíbem, portanto, que poderes públicos exerçam ingerências sobre a esfera jurídica do indivíduo, estabelecendo normas de competência negativa. Possuem, contudo, ainda, uma função de prestação, que representa um direito a uma ação positiva do Estado³⁹⁷, traçando objetivos a serem perseguidos.

Destarte, a Administração Pública finalisticamente orientada, que se concretiza no Estado Democrático de Direito, embora ainda orientada à prossecução do interesse público, não pode se distanciar dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

No mais das vezes, a correta análise do que seja o interesse público vai convergir com os direitos fundamentais dos indivíduos, pois, embora esses possuam um valor próprio e independente das vantagens coletivas que lhe são consequentes, a sua prossecução favorece o bem-estar geral³⁹⁸. Assim, ao contrário do que se pode prematuramente imaginar, uma conduta protetiva de um interesse privado

³⁹⁴ Neste sentido, a lição de Carlos Blanco de Moraes: “A natureza jusfundamental de um direito decorre, primariamente, da sua inclusão na Constituição, pois quando a integram, os direitos passam a beneficiar de uma garantia especial fornecida pela rigidez das normas constitucionais” (**Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social**. Tomo II, Volume 2. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 551). Ver, ainda: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

³⁹⁵ SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

³⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 433.

³⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria...** p. 433.

³⁹⁸ Concorde-se, aqui, com Daniel Sarmento, que apresenta interessante exemplo para ilustrar a afirmação. O autor trata, ilustrativamente, da possibilidade de intentar a Administração Pública proibir a realização de uma manifestação no centro de uma metrópole, fundamentando sua conduta no interesse público no não comprometimento de vias importantes. Embora a maioria dos cidadãos pudessem concordar com tal atitude, a compreensão mais adequada seria aquela que respeitasse, primeiramente, a fundamentalidade do direito à liberdade de reunião e a democracia da sociedade, e não a conveniência do trânsito (Supremacia do Interesse Público? As Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses da Coletividade. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119-120).

constitucionalmente consagrado por significar, de igual forma, a prossecução de um interesse público³⁹⁹. A prossecução do interesse público não implica, *a priori*, em prejuízos a interesses particulares, e vice-versa.

Contudo, há, sim, a possibilidade de existência de conflito aparente entre o interesse público e o interesse particular consagrado constitucionalmente como direito fundamental⁴⁰⁰. De um lado, deve-se pontuar que os direitos fundamentais valem independentemente de eventuais benefícios gerais que sua promoção possa acarretar, e, de igual forma, existem interesses públicos que em nada se conectam com direitos fundamentais, de forma que há, sim, possibilidade de haver uma colisão⁴⁰¹.

É de se defender que em situações tais não se pode estabelecer uma prevalência absoluta quer seja dos interesses gerais, quer seja dos interesses particulares individuais, ainda que constitucionalmente protegidos como direitos fundamentais⁴⁰². Com efeito, o interesse público não pode se desvincular por completo dos interesses individuais sob pena de legitimar atitudes autoritárias⁴⁰³. De igual forma, num constitucionalismo democrático, não há como se representar apenas o indivíduo, sem representar sua dimensão coletiva, integrante da sociedade⁴⁰⁴.

Nesse diapasão, caso não haja o constituinte estabelecido regras expressas de prevalências específicas, a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante atividade ponderativa, balizada pela proporcionalidade, dos interesses em conflito no caso concreto que se apresenta à Administração Pública⁴⁰⁵.

6.1.3. A Sociedade Plural e os Interesses Públicos

³⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** p. 98.

⁴⁰⁰ Pertinentes são as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade” (**Curso...** p. 60).

⁴⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Supremacia do Interesse Público...* p. 121-122.

⁴⁰² “(...) não se trata de assentar uma suposta primazia da coisa pública sobre o privado, nem mesmo de uma demarcação absoluta entre essas esferas, mas de reconhecer a relevância da coisa pública para reavaliar o privado, em um mundo que já não admite posições absolutas” (GRAU, Nuria Gunill. **Repensando o Público Através da Sociedade:** Novas Formas de Gestão Pública e Representação Social. Brasília: Revan, 1998. p. 21).

⁴⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 121.

⁴⁰⁴ É o que também defende Daniel Sarmento, a partir de um ponto de vista personalista, segundo o qual o indivíduo é um ser social (*Supremacia do Interesse Público...* p. 123).

⁴⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** p. 88.

Conforme já mencionado, situação peculiar a ser investigada na dimensão atual da prossecução do interesse público é a pluralidade da sociedade a impedir que se identifique um interesse público único, uniforme⁴⁰⁶. Sendo uma característica do Estado contemporâneo a pluralidade e, mesmo, contrariedade entre os interesses dos integrantes da sociedade, a identificação do interesse público tem que ser feita com cautela⁴⁰⁷.

No princípio do Estado moderno, a sociedade burguesa constituía a esfera pública⁴⁰⁸ representada pelos atores políticos. Era esta esfera pública que pressionava a Administração Pública, interferindo na formação daquilo que seria o interesse público⁴⁰⁹. Contudo, os atores que integravam esses processos eram, em sua totalidade, homens detentores de poderes econômicos, excluindo-se os demais⁴¹⁰, aos quais não era dado nem mesmo o domínio dos códigos mínimos da racionalidade social (o domínio das letras, o conhecimento das leis, etc)⁴¹¹. Nota-se, portanto, que, na sociedade pós-revolucionária burguesa, e, portanto, no início do Direito Administrativo enquanto disciplina normativo-jurídica, o interesse público era unificado a partir de um processo excludente, que se atentava a apenas um grupo da sociedade.

A sociedade, entretanto, vai evoluindo, o direito vai sofrendo reformas, e a identificação do que vem a ser interesse público vai, concomitantemente, se modificando, sendo, o foco do presente estudo, entretanto, não as minúcias dessa evolução, mas a análise do princípio na atualidade.

No constitucionalismo democrático que rege os Estados contemporâneos de tradição de Direito Administrativo, devem ser considerados, em igualdade, o interesse de todos os cidadãos, quer seja individualmente falando, quer seja

⁴⁰⁶ “O pluralismo, encontrado nas sociedades mais complexas, está referido à constante diversificação das necessidades que se apresentam nas sociedades contemporâneas (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito Administrativo...** p. 206).

⁴⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 116.

⁴⁰⁸ Jürgen Habermas afirmar ser possível constatar-se que, “nas sociedades europeias do século XVII e XVIII, se tenha formado uma esfera pública burguesa moderna” que “começou a aparecer nas formas de reunião e de organização de um público leitor, composto de pessoas privadas burguesas, que se aglutinavam em torno de jornais e periódicos” (**Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade Vol. II**. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 98).

⁴⁰⁹ “A esfera pública burguesa, portanto, constituía-se no *locus* de exercício da problematização e da crítica de atores livres contra o poder do Estado, com a finalidade de pressioná-lo e de interferir nas decisões sobre as políticas públicas, em direção aos anseios, expectativas e interesses universais” (GUEDES, Éllida Neiva. Espaço Público Contemporâneo: Pluralidade de Vozes e Interesses. **Biblioteca Online de Ciências da Comunicação (BOCC)**, v. 1, 2010. p. 2.

⁴¹⁰ GUEDES, Éllida. Espaço Público... p. 3.

⁴¹¹ LINHARES, Ronaldo Nunes. Internet e Ação Comunicativa como Elementos do Espaço Público sob uma Perspectiva Habermasiana: crise e transição. **Novos Olhares**, n. 4, 1999. p. 30.

coletivamente, enquanto grupos, inclusive aqueles que antes eram marginalizados. Os interesses dos cidadãos, a outro lado, são cada vez mais múltiplos e especializados, abrangendo grupos de diversas dimensões, sendo cada vez mais distante o vislumbrar de um discurso comum⁴¹². A grande diversidade social, econômica e cultural da sociedade contemporânea proporciona modificações nas relações de poder⁴¹³, a exigir revisão do que se compreende por interesse público. Esse processo é, ainda, potencializado pela internet e pela tecnologia de comunicação em geral, de forma que a comunicação entre os indivíduos não mais impescinde do espaço público, do “face-a-face”, multiplicando-se as interações sociais⁴¹⁴.

Dessa forma, os interesses da sociedade passam a ser tematizados por grupos e organizações, formais ou não, ampliando o espaço de observação da Administração Pública, na conformação do interesse público, potencializando-se a possibilidade de conflitos⁴¹⁵. Muito embora, em um sistema democrático, pudesse ser idealizado o sacrifício de interesses particulares em prol de interesses transcendentais, em um consenso comum, é também do próprio “jogo” democrático a admissão de múltiplas visões contestáveis entre si⁴¹⁶. Ao Administrador Público é dado concretizar as finalidades do ordenamento jurídico em uma realidade fragmentada, cabendo-lhe unificar o plural⁴¹⁷. Não é possível, entretanto, na tentativa de satisfazer a pluralidade, prosseguir plenamente todos os interesses públicos⁴¹⁸.

Uma falácia tentadora é acreditar que o interesse público a ser perseguido deve ser aquele que atende à maioria da população. Embora o discurso da maioria seja aliciante, é necessário notar que a vinculação do interesse público a critérios

⁴¹² Cf. GUEDES, Éllida. Espaço Público... p. 9.

⁴¹³ LINHARES, Ronaldo Nunes. Internet... p. 31.

⁴¹⁴ Cf. GUEDES, Éllida. Espaço Público... p. 13; LINHARES, Ronaldo Nunes. Internet... p. 31-32.

⁴¹⁵ Em sentido semelhante, Éllida Neiva Guedes expõe que “alarga-se a influência das esferas informais do mundo da vida na formação da opinião pública e nas mudanças do rumo do poder político. A tematização de questões de interesse do bem estar social por organizações específicas provoca a demarcação de novos espaços participativos e, por conseguinte, a ampliação do jogo de disputa entre interesses e opiniões e a possibilidade de ocorrência do conflito” (Espaço Público... p. 7).

⁴¹⁶ Cf. GOMES, João Salis. Interesse público, controle democrático do Estado e cidadania. In: MADUREIRA, César; ASENSIO, Maria (orgs.). **Handbook de administração pública**. Lisboa: Ina, 2013. p. 24.

⁴¹⁷ Nesse sentido problematiza Laura Nunes Vicente, embora com foco na atividade do judiciário (**O Princípio da Proporcionalidade: Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo**. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014. p. 74)

⁴¹⁸ VICENTE, Laura Nunes. **O Princípio...** p. 75.

quantitativos pode conduzir à opressão, pela supressão dos interesses das minorias, o que destoaria das características de um Estado Democrático de Direito⁴¹⁹.

Assim, também aqui a proporcionalidade despontará como ferramenta útil, a fim de orientar o Administrador na ponderação dos interesses públicos que eventualmente possam estar em conflito diante do caso concreto a exigir-lhe atuação. Não há como estabelecer regras lógicas de prevalectimento apriorístico de determinados interesses públicos, com excepção daquelas determinadas pelo ordenamento público, ao, por exemplo, proteger certos grupos, como a protecção especial dada por alguns ordenamentos jurídicos aos interesses das crianças e adolescentes⁴²⁰. Assim, nas situações em que a definição do interesse público a ser prosseguido couber ao administrador público, cumprirá a este ponderar os interesses públicos legítimos que se lhe apresentam. Assim, é possível garantir, a partir de decisões fundamentadas, às partes, que seus interesses foram considerados e ponderados, ainda que, no caso concreto, não tenham recebido maior dimensão de peso⁴²¹.

6.1.4. A prossecução do Interesse Público e a Proporcionalidade

Como visto, a prossecução do interesse público sofre a necessidade de ser revista em decorrência de ao menos duas situações: um, a defesa constitucional de direitos fundamentais, os quais devem ser protegidos e promovidos pela Administração Pública, e, por vezes, podem conflitar com interesses públicos; dois, a pluralidade da sociedade atual, da qual decorrem diversos, e, não raramente, conflitantes, interesses públicos. Apontou-se, portanto, que a proporcionalidade é ferramenta principiológica hábil a orientar o administrador na tarefa de definição do interesse público do caso concreto. Com efeito, permitisse o princípio o agir desproporcional da Administração Pública, não mais seria esse que uma chancela normativa à arbitrariedade⁴²².

⁴¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** p. 121.

⁴²⁰ A Constituição Federal da República Brasileira cunhou aquele que foi denominado “princípio do melhor interesse do menor”, a partir da previsão que é “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227).

⁴²¹ VICENTE, Laura Nunes. **O Princípio...** p. 75.

⁴²² Cf. GABARDO, Emerson. **Interesse Público...** p. 301.

O princípio da proporcionalidade será responsável, portanto, pela ponderação dos interesses em conflito, com atenção ao sistema jurídico e à situação fática, garantindo que a decisão adotada será aquela necessária à realização da finalidade pública, na devida proporção desta finalidade, e com o mínimo de sacrifício aos interesses das partes envolvidas, inclusive, o próprio Estado⁴²³. O que será, enfim, compreendido por interesse público será o resultado da ponderação, que, a depender das circunstâncias normativas e fáticas, poderá, em determinado momento, apontar para uma prevalência parcial do interesse geral, e, em outro, de um interesse individual⁴²⁴; ora, na pluralidade de interesses, possuirá mais relevância um interesse público, que outro interesse, igualmente público.

Nesse sentido, a proporcionalidade surge como uma garantia de que os interesses serão tratados de forma igual – ainda que o resultado do jogo ponderativo possa atribuir mais peso, no caso concreto, a determinado interesse entre os que estão em conflito –, impedindo decisões apreçadas, as quais tenderão ao autoritarismo se desconsiderarem os direitos fundamentais dos cidadãos e a pluralidade de interesses que despontam da sociedade⁴²⁵. A proporcionalidade “orienta a interpretação e aplicação das normas no sentido de acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua completamente um em prol da subsistência do outro”⁴²⁶.

No Estado Democrático de Direito, portanto, a definição do interesse público a ser prosseguido pela Administração Pública poderá ocorrer pela solução de conflitos entre os interesses legítimos e publicamente relevantes⁴²⁷, não podendo essa definição se dar de forma arbitrária, nem, tão pouco, pela eleição de um interesse absolutamente prevalecente. É necessário, portanto, a invocação de outro princípio,

⁴²³ De maneira semelhante: VICENTE, Laura Nunes. **O Princípio...** p. 77.

⁴²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** p. 88.

⁴²⁵ Mais uma vez, as lições de Laura Nunes Vicente sobre as decisões judiciais se tornam úteis ao processo decisório da Administração Pública, ao afirmar, esta, que, o princípio da proporcionalidade, “enquanto método que, levando àquele juízo decisório normativamente fundado e argumentativamente concludente, satisfaz também as exigências materiais da justificação, que mais não é do que a garantia mínima de tratamento justo e igual dos interesses das partes na controvérsia. Uma garantia que será indispensável em tempos de pluralismo, pela complexidade crescente com que os conflitos se colocam e pela fragmentação do horizonte que lhes dará resposta; e mais ainda em casos de conflitos de direitos fundamentais, pela protecção normativa de que gozarão os interesses das partes. O que nos leva a encontrar no método da proporcionalidade um arrimo precioso – que sê-lo-á mais num contexto que sofreu a perda de um paradigma –, desonerador da tarefa do juiz” (**O Princípio...** p. 77-78).

⁴²⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** p. 100.

⁴²⁷ Em sentido semelhante, Emerson Gabardo demonstra que a atividade ponderativa poderá levar, inclusive, à prevalência de um interesse particular sobre um interesse da coletividade, afirmando, sem sua análise, que “o princípio da supremacia do interesse público precisa ser entendido como o resultado de sua interação com outros princípios e outras regras” (GABARDO, Emerson. **Interesse Público...** p. 303).

o da proporcionalidade, a guiar a escolha do agente público, a garantir que seja esta, não só moralmente adequada, mas juridicamente lícita, em um contexto de legalidade ampla.

6.2. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Como se tem demonstrado, dizer que a Administração Pública atual é finalisticamente orientada, não implica na legitimação à uma gestão maquiavélica, que tudo possa em vista dos resultados perseguidos. Mesmo porque, a finalidade precípua da Administração Pública é o interesse público, acima analisado, não podendo realiza-lo sem atenção a seus administrados. Destarte, em sua atuação, atenta ao administrado, uma das questões às quais deverá a Administração Pública atentar-se é a confiança que este legitimamente deposita em seus procedimentos.

O princípio da proteção da confiança, aplicável em face do Poder Público, nos termos que ora irão ser testilhados, possui origem no Direito alemão, mais especificamente da jurisprudência dos Tribunais desse Estado no pós Primeira Guerra Mundial, voltados à proteção das justas expectativas do cidadão, à valoração da boa-fé e da segurança público, num momento de instabilidades⁴²⁸.

Com o pós Segunda Guerra Mundial, o cenário se torna ainda mais propício ao desenvolvimento da proteção normativa da confiança⁴²⁹. É nesse período que se firma o Estado Social, apresentando-se, como contrapartida à ampliação das atividades da Administração, o maior controle de sua forma de atuar em favor do particular, inclusive pela garantia a este de estabilidade, protegendo-se de condutas inesperadas⁴³⁰. A mais, vence-se uma das barreiras que impedia a propalação do princípio, qual seja o culto à legalidade formal. Com efeito, anteriormente, era impossível a qualquer outro fator, ainda que jurídico-normativo, superar a lei formal, a dificultar que a fidúcia do administrado fosse tutelada⁴³¹. Com o avançar jurídico ao reconhecimento da legalidade ampla, moldada no conceito de juridicidade, abre-se a

⁴²⁸ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio da Proteção da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**: Estabilidade de atos e limitação da discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11-12; SCHNEIDER, Jens-Peter. Seguridad Jurídica y Protección de la Confianza en el Derecho Constitucional y Administrativo Alemán. Trad. Mariano Bacigalupo Saggese. **Documentación Administrativa**. Madrid, n. 263-264, maio-dez. 2002, p. 250-251.

⁴²⁹ SCHNEIDER, Jens-Peter. Seguridad Jurídica... p. 251.

⁴³⁰ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 13-14; ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio da Proteção da Confiança**: Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2016. p.22.

⁴³¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.21.

possibilidade de reconhecer-se que a legalidade não é absoluta, e, por vezes, a confiança pode ter sua primazia reconhecida⁴³².

A necessidade do princípio mantém-se atual. No cenário mutante atual, cuja realidade socioeconômica é dinâmica e plural, de tal sorte que a tutela da segurança e da estabilidade se torna um contraponto jurídico às frequentes e rápidas mudanças com as quais o cidadão se depara, mormente quando este cada vez mais relaciona-se com o Poder Público⁴³³. O Direito Administrativo mais flexível da Administração Pública de Resultados não pode prescindir da garantia dos direitos e interesses dos administrados⁴³⁴.

O princípio da proteção da confiança, alinhado aos escopos das reformas empreendidas na Administração Pública e no Direito Administrativo, tornou-se, assim, de grande relevância nos Estados ocidentais. Com efeito, não raramente se encontra seu tratamento doutrinário e jurisprudencial, mesmo em Estado nos quais não há a sua positivação no ordenamento jurídico⁴³⁵.

A falta de menção expressa do princípio não implica a possibilidade de sua aplicação, por possuir, esse, base em uma série de valores constitucionais do Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível para a estabilidade, autonomia e segurança necessárias ao particular na organização dos seus planos de vida⁴³⁶. Com efeito, a tutela da confiança é essencial à estruturação do relacionamento entre Estado e cidadão em Estado de Direito, para que aquele possa calcular e prever possível desenvolvimento da atuação dos poder públicos aptas a repercutirem em sua esfera jurídica⁴³⁷. Aponta-se, portanto, como principais fundamentos da proteção à confiança, a segurança jurídica e a boa-fé⁴³⁸, os quais, ao mesmo tempo que o servem de base, se concretizam com a sua realização.

Trata-se, enfim, de mandado que busca a proteção das expectativas dos administrados, geradas com base em condutas pretéritas da Administração, quanto

⁴³² SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 55-57.0

⁴³³ Em sentido semelhante: ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.22.

⁴³⁴ SCHNEIDER, Jens-Peter. *Seguridad Jurídica...* p. 252.

⁴³⁵ Em Portugal, o princípio encontra-se referenciado juntamente com a boa-fé, no art 10º do Código do Procedimento Administrativo. Na Alemanha, o princípio da Confiança está previsto no § 48, da Lei de Processo Administrativo Federal (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). Na Espanha, o princípio foi inserido, em 1999, na redação do art. 3.1., da Lei 30/1992, conhecida como "*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*". No Brasil, por exemplo, embora não possua previsão expressa, o princípio tem sido recebido como corolário lógico da segurança jurídica, e amplamente defendido doutrinariamente, e aplica como parâmetro de controle pelo Supremo Tribunal Federal. Igualmente na França, ainda que sem menção legal expressa, o princípio goza de efetividade.

⁴³⁶ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 13-14; NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios...** p. 261.

⁴³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios...** p. 261.

⁴³⁸ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 35.

aos comportamentos atuais e futuros desta⁴³⁹. Enquanto princípio do Direito Administrativo, representa paradigma na superação do autorreferenciamento da Administração Pública, não apenas suas relações internas, entre entidades e órgãos, mas, sobretudo, suas relações externas, com os administrados⁴⁴⁰.

Assim, o princípio da confiança protege o particular que, confiando em uma promessa, o modo procedimental ou ato normativo da Administração Pública, exerce sua liberdade e vem a ter sua confiança frustrada, pela mudança, revogação, anulação ou, ainda, declaração de invalidez daquela base de sua confiança⁴⁴¹. Não sendo possível delimitar em um rol taxativo as hipóteses de incidência do princípio⁴⁴², tem-se por certa sua aplicação na solução de conflitos nos quais se depara com uma mudança da Administração Pública quanto a condutas, manifestações e decisões pretéritas, as quais foram aptas a originar uma expectativa legítima no administrado⁴⁴³.

6.2.1. Condições de Aplicabilidade

Há um esforço doutrinário e jurisprudencial nos Estados que adotaram o princípio da proteção da confiança em eleger condições para a sua aplicação. Embora não se desconheça que, por sua natureza principiológica, apenas um conteúdo *prima facie*, é importante que – em exercício semelhante àquele feito na investigação dos deveres correlatos do princípio da eficiência – se tente sistematizar requisitos que orientem a aplicação do princípio.

⁴³⁹ MIRAGEM, Bruno. **A Nova...** p. 201; ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p. 14.

⁴⁴⁰ Na lição de Diogo Figueiredo Moreira Neto, “o Direito Administrativo deixa de ser apenas, como foi no passado, um Direito do Estado enquanto administrador, para se torna Direito Público das relações introvertidas e extrovertidas da Administração Pública, que não rege somente as relações internas entre os entes e órgão da Administração (administração introvertida), como e principalmente, as relações externas da Administração em face dos administrados (administração extrovertida), com submissão aos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica” (Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-DIOGO-NETO.pdf>>).

⁴⁴¹ Em sentido semelhante, propõe Humberto Ávila que o “chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração da sua invalidez (**Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 360).

⁴⁴² LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 248

⁴⁴³ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.26.

Tais, condições, são, portanto, fatores a condicionar o emprego do princípio no caso concreto⁴⁴⁴. O estabelecimento desses critérios, contribui com o próprio escopo do princípio, uma vez que sua aplicação sem eleição de critérios prévios poderia acarretar em, ao revés do quanto prosseguido, insegurança jurídica⁴⁴⁵.

Embora não haja unanimidade quanto a todos os requisitos, o exame doutrinário permite que se chega a um denominador comum quanto a quatro elementos, quais sejam: 1) base da confiança; 2) confiança; 3) exercício da confiança e 4) frustração da confiança⁴⁴⁶. Cumpre, pois, examinar os requisitos elencados, quais exigências por eles postas e sua relevância.

6.2.1.1. Base da Confiança

A primeira condição para aplicação do princípio da confiança é a base da confiança, a qual consiste na “atuação pública prévia capaz de gerar uma confiança no administrado”⁴⁴⁷. Atuação, aqui, é tida de forma ampla. Pode se tratar tanto de uma conduta comissiva, como de uma conduta omissiva; o ato praticado pode ser geral e abstrato, ou mesmo, individual e concreto⁴⁴⁸. O que será relevante, de fato, será que tal conduta esteja apta a gerar no administrado uma convicção de sua manutenção, seja pela preservação das coisas como elas se encontram, seja pela adoção, no futuro, pela Administração, de posturas, procedimentos e decisões compatíveis com as preteritamente adotadas. Quer-se dizer, a base da confiança é uma condição fática que poderá se materializar em indetermináveis situações aptas a criar expectativas no cidadão num comportamento de um órgão ou entidade da Administração⁴⁴⁹.

Mesmo informações falsas ou atos ilegais poderão gerar a base de confiança que influenciará o particular, mormente por ser um dos atributos da atuação administrativa a presunção de legitimidade⁴⁵⁰. Em casos tais, a solução deverá basear-se em atividade ponderativa que, diante do caso concreto, avalie a dimensão

⁴⁴⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.82.

⁴⁴⁵ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 65.

⁴⁴⁶ Neste mesmo sentido sistematizaram, por exemplo, João Augusto Simonetti (**O Princípio...**); Pedro Moniz Lopes (**Princípio da Boa Fé...**); Humberto Ávila (**Segurança Jurídica...**); e Valter Shuenquener (**O Princípio...**).

⁴⁴⁷ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 68.

⁴⁴⁸ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 68.

⁴⁴⁹ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé...** p. 258.

⁴⁵⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.84; SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 72-73.

de peso que haverá de ser dada à confiança diante do conflito com a legalidade⁴⁵¹. Firma-se, entretanto, que, quanto maior a gravidade do vício do ato administrativo, maior deverá ser a confiança depositada pelo particular⁴⁵², a fim de, em atividade ponderativa, justificar os efeitos do princípio da proteção da confiança.

Um ponto a ser debatido é quanto à inconstitucionalidade, vício mais grave em meio à antijuridicidade; seria possível a um ato administrativo fundado em lei habilitadora contrária à Constituição servir de base de confiança, gerando expectativas legítimas a um particular? A inconstitucionalidade é vício que torna o ato administrativo nulo, retroagindo essa nulidade à sua origem, sendo factível concluir-se que tais condutas seriam incapazes de gerar, no administrado, uma confiança apta a ser juridicamente tutelada⁴⁵³. Contudo, é de se representar que também assiste aos atos da Administração Pública a presunção de constitucionalidade, a qual persiste até que declarada a nulidade, sendo, portanto, apto, sim, a representar base de confiança para criação de expectativas legítimas do administrado⁴⁵⁴. Muito embora, no âmbito jurídico, a norma ou ato inconstitucional não produzam efeitos, na prática, não é assim que ocorre no mundo dos fatos⁴⁵⁵, de forma que não há como excluir-se, *a priori*, a possibilidade de ato administrativo que tem por base lei inconstitucional gerar confiança nos cidadãos.

Por fim, considerando o escopo finalístico das Administração Pública de Resultados, convém tratar, especificamente, da influência das finalidades da base na proteção dos efeitos de um ato ilegal. Sendo certo que, no Direito Administrativo atual, as formalidades legais são encaradas como instrumentais à realização dos fins sistêmicos, quanto maior a realização da finalidade da norma violada pelo ato administrativo, maior a proteção de seus efeitos⁴⁵⁶. Assim, se, eventualmente, um ato administrativo violar algum aspecto formal da norma habilitadora, realizando, entretanto, os fins por ela prosseguidos, com mais força atuará o princípio da proteção da confiança no sentido da manutenção de seus efeitos. Maior será a

⁴⁵¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.85.

⁴⁵² SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 75.

⁴⁵³ As pesquisas de Valter Shuenquener Araújo revelam que nesse sentido foi a compreensão inicial da Corte Constitucional Alemã, se pronunciando no sentido de que, como um dispositivo inconstitucional não chega a pertencer ao ordenamento jurídico, não seria capaz de servir de base para gerar confiança (**O Princípio...** p. 86).

⁴⁵⁴ É o que defende, também, Valter Shuenquener Araújo, demonstrado ser nesse sentido a manifestação da jurisprudência e doutrina alemã atual, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (**O Princípio...** p. 87).

⁴⁵⁵ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 73. ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica...** p. 368-

369.

⁴⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica...** p. 386.

intensidade da base da confiança quanto maior for a realização dos fins subjacentes à norma violada⁴⁵⁷.

Assim, a base da confiança é elemento que exige, para aplicação do princípio da proteção da confiança, a existência de um comportamento ou ato da Administração Pública apta a criar no cidadão uma expectativa legítima⁴⁵⁸. Quanto mais apta a base estiver para gerar confiança, maior deverá ser a tutela desta no caso concreto.

6.2.1.2. Confiança

O segundo critério perquirido é a própria confiança, que representa a situação subjetiva do administrado de ter conhecimento da base da confiança e possuir a expectativa na sua manutenção, ou seja, de que a Administração Pública pautará suas condutas futuras nela⁴⁵⁹, ou, ainda, na expectativa de sua realização subsequente – à exemplo das promessas administrativa⁴⁶⁰.

A necessidade de conhecimento da base da confiança, pelo particular, pode levar à conclusão de que é necessário que haja a sua informação ou publicação, a fim de que se torne a conduta administrativa conhecida⁴⁶¹. Contudo, como já dito anteriormente, o universo de condutas aptas a gerar confiança é complexo, de forma que, adotar tal posição, é excluir de seu universo, por exemplo, as promessas verbais e as práticas internas da Administração⁴⁶², ou mesmo as condutas omissivas. Nesses casos, não há que se excluir a proteção da confiança, mas, sim, uma atenção maior na verificação casuística da expectativa criada no cidadão⁴⁶³.

Para que exista confiança, é necessário que o administrado esteja de boa-fé, crendo, de fato, na permanência da base da confiança. Nos casos em que a frustração da expectativa ocorra por desfazimento de um ato tido por viciado, não há como se tutelar a confiança daquele que está de má-fé, que tem conhecimento de

⁴⁵⁷ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 84.

⁴⁵⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.83.

⁴⁵⁹ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 88; ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p. 89.

⁴⁶⁰ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé...** p. 258-259.

⁴⁶¹ Nesse sentido entende Humberto Ávila (**Segurança Jurídica...** p. 397).

⁴⁶² SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 88.

⁴⁶³ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé...** p. 266.

vício da base de confiança⁴⁶⁴, que participou conscientemente da ilegalidade ou irregularidade⁴⁶⁵, ou mesmo que tenha induzido a Administração Pública a erro⁴⁶⁶.

A mais, a confiança deve ser razoável⁴⁶⁷, sendo certo que não se pode tutelar a confiança em coisas impossíveis, inexecutáveis, desarrazoadas, ilusórias, ou mesmo a confiança de um sujeito em “um estado de ingenuidade ou credulidade particularmente anormal”⁴⁶⁸. A situação na qual se confia deve ser digna de confiança⁴⁶⁹. Há uma espécie de dever geral de cautela ao cidadão que deve guiar a sua confiança, fora do qual a mesma não poderá ser juridicamente protegida⁴⁷⁰. Assim, é possível buscar uma objetivação de um elemento subjetivo, pela verificação, em abstrato, de que seria plausível, a um sujeito na situação específica que se apresenta, a confiança⁴⁷¹.

6.2.1.3. Exercício da Confiança

Um terceiro elemento comumente enfrentado como condição à aplicação do princípio da confiança é o exercício da confiança, isso é, a efetiva orientação, pelo particular, de suas condutas, em conformidade com a confiança que depositou na base administrativa⁴⁷². Tal condição, entretanto, merece análise mais crítica.

Não se tratando, aqui, de investigação sobre responsabilidade civil, torna-se desnecessário investigar se houve danos ao administrado por haver, este, concretamente realizado investimento com base em sua fidúcia na base de confiança⁴⁷³. Tal elemento tornar-se-á imprescindível, portanto, apenas em eventual apuração de um *quantum* indenizatório⁴⁷⁴.

O exercício da confiança poderá, ainda, tornar-se útil no dimensionamento do princípio da proteção da confiança, no caso concreto, em conflito com outros

⁴⁶⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.90.

⁴⁶⁵ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé...** p. 274.

⁴⁶⁶ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 90-91.

⁴⁶⁷ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 90.

⁴⁶⁸ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé...** p. 273.

⁴⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria...** p. 192.

⁴⁷⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.91.

⁴⁷¹ Em sentido semelhante: LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé...** p. 272.

⁴⁷² Assim defende, entre outros: Gustavo Binbenojm (**Uma Teoria...** p. 192); Gabriela Malváez Pardo (El Principio de la Protección de la Confianza Legítima en Mexico. **ARS IURIS**, Cidade do México, n. 51, 2016. p. 76); e SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgador de. **Direito Administrativo... Tomo I.** p. 117.

⁴⁷³ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé...** p. 281.

⁴⁷⁴ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé...** p. 281.

princípios, conferindo-lhe maior peso⁴⁷⁵. Na fase de ponderação, a configuração do exercício será um elemento a favorecer o sujeito que confiou na Administração Pública⁴⁷⁶. A eventual onerosidade, duração e baixa reversibilidade de uma conduta adotada pelo particular advogam a favor da proteção de sua confiança, não podendo, entretanto, a ausência de tais indícios figurar como motivo pré-excludente dessa proteção⁴⁷⁷.

A exigência inflexível da prática de atos concretos poderá encerrar injustiças, ainda que, a ausência de atuação do sujeito confiante, no caso concreto, possa dificultar a sua comprovação e, conseqüentemente, a sua proteção⁴⁷⁸.

Assim, salvo exigência legal⁴⁷⁹, não se deve exigir aprioristicamente o exercício da confiança como *conditio sine qua non* à tutela da confiança legítima que o cidadão depositou na conduta da Administração Pública⁴⁸⁰.

6.2.1.4. Frustração da confiança

A quarta e última condição apontada é a frustração da confiança. Será necessário, portanto, para que seja possível proteger a confiança, um comportamento da Administração Pública contrário àquele anteriormente adotado⁴⁸¹, frustrando as expectativas previamente geradas pela base da confiança⁴⁸².

Estará frustrada a expectativa se há anulação ou revogação de um ato administrativo que cria ao administrado uma situação favorável. Igualmente, se há, por parte da Administração, o descumprimento de uma promessa ou uma mudança

⁴⁷⁵ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé...** p. 281.

⁴⁷⁶ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 94.

⁴⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica...** p. 401.

⁴⁷⁸ É o que defende Valter Shuenquener de Araújo exemplificando com a ilustração de um caso de um prisioneiro, que, com confiança em uma regra que já o habilita a obter a liberdade condicional. Contudo, antes que tenha esse realizado o requerimento, a regra é alterada, tornando-se mais rídica e excluindo-lhe tal possibilidade. Ainda que não tenha esse prisioneiro realizado atos externos e concretos de exercício de sua confiança, não se afigura como justo simplesmente negar-lhe, aprioristicamente, a proteção (**O Princípio...** p.101-103).

⁴⁷⁹ Analisando o ordenamento português, Pedro Moniz Lopes observa a não exigência legal do investimento da confiança como uma das razões para não se exigir a mesma como elemento condicionador da proteção da confiança (**Princípio da Boa Fé...** p. 281). Em sentido diferente, a Lei de Processo Administrativo alemã que estabelece, no § 48, II, que a confiança será digna de tutela “se o particular favorecido com o ato tiver utilizado o benefício ou tiver realizado uma disposição patrimonial que não possa mais ser desfeita ou que apenas possa ser desfeita de forma razoável”, conforme traduzido por Valter Shuenquener de Araújo (**O Princípio...** p.96).

⁴⁸⁰ Jens-Peter Schneider aponta de que o Tribunal Administrativo Federal alemão (BVerwG) tem se posicionado no sentido de que, não havendo indícios contrários, no caso de atos administrativos de conteúdo prestacional, deve-se partir do pressuposto de que seus beneficiários confiaram em sua integridade e permanência (Seguridad Jurídica... p. 252).

⁴⁸¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O Princípio...** p.103.

⁴⁸² SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 94.

de entendimento sobre determinada matéria⁴⁸³. Ainda, se após quedar-se omissa perante determinada matéria ou assunto, assume uma posição comissiva, frustrando a confiança de que omissa continuaria.

6.3. PARTICIPAÇÃO

O princípio derradeiro entre aqueles eleitos para comento na presente investigação é o da participação, o qual, no âmbito do Direito Administrativo, como o próprio nome já indica, propõe a otimização da participação do administrado na Administração Pública. O princípio se apresenta à Administração Pública em um contexto de revisão de uma democracia meramente representativa pela busca de uma democracia mais participativa. A norma, portanto, visa a aperfeiçoar a democracia na Administração Pública, aproximando-a do cidadão e convidando-o a participar da gestão dos interesses públicos.

6.3.1. Contexto Histórico

As teorias clássicas da democracia partem do princípio de que, através dos representantes eleitos, legisladores soberanos, a sociedade age por si mesma⁴⁸⁴ e que a Administração Pública seria mera executora dessa lei. No Estado de Direito Liberal, o Estado encontra-se afastado da sociedade⁴⁸⁵, estando o cidadão afastado das instâncias políticas decisórias e desvinculados de seus representantes⁴⁸⁶. A democracia liberal é limitadora da participação cidadã, pois crê que esta sobrecarrega demais o Estado com demandas sociais que podem tirar do foco as prioridades do capital⁴⁸⁷. O desenvolvimento social, econômico e jurídico, entretanto, não ocorre conforme planejado, experimentando o Estado Liberal uma crise em seus próprios fundamentos, representada, entre outros, por uma crise de

⁴⁸³ SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio...** p. 101.

⁴⁸⁴ NAVARRO, Lorena Magalhães. *Análise da Participação Popular nas tomadas de decisões da Administração Pública - Contributo do Orçamento Participativo como mecanismo concretizador*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Lisboa, 2014. p. 20.

⁴⁸⁵ Como houve de se analisar (vide item 2.2.), uma das consequências da organização burocrática liberal foi o afastamento das instâncias administrativa e da população, de forma que, como expôs João Salis Gomes, “a comunicação burocrática caracteriza-se pelo distanciamento face à sociedade (dispositivos de exclusão e de segregação quanto aos modos de contacto com o público e às tomadas de decisão, opacidade) e por se basear na relações de autoridade (lógica de comando)” (*Interesse público...* p. 17).

⁴⁸⁶ NAVARRO, Lorena Magalhães. *Análise da Participação...* p. 18.

⁴⁸⁷ SANTOS, Boaventura Souza; AVRITZER, Leonardo. *Para Ampliar...* p. 59.

representatividade e uma crise na legalidade, como visto anteriormente⁴⁸⁸. Tais crises, e a consequente não realização dos ideais clássicos, demonstram uma falha não só dos representantes, cujas decisões não são aceitas como adequadas, mas também do povo, que enfraquece a soberania popular ao transferir sua autoridade a autoridades a partir de escolhas equivocadas⁴⁸⁹.

No Estado Social, há uma aproximação entre os atores públicos e privados, sendo estes convocados a colaborar com a promoção do interesse público⁴⁹⁰. A mais, no período pós-guerras, começam a surgir movimentos ditos contra-hegemônicos, visando a reconhecer a pluralidade humana, em busca de uma nova institucionalidade da democracia⁴⁹¹. Passa-se a reforçar, destarte, a democracia estatal, entre outros, pela consagração de mecanismos de participação direta dos cidadãos e das suas organizações no desenvolvimento das políticas públicas, desde os processos criativos, ou mesmo pela promoção dos serviços e prestações a elas relacionadas⁴⁹².

Resulta-se, pois, como houve de se firmar, na atualidade, na formação de uma sociedade plural, na qual é necessário conformar-se uma multiplicidade de interesses públicos, sendo vital o estabelecimento da participação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública⁴⁹³. A Sociedade moderna é marcada por uma alta complexidade política, dinamismo, com forte influência da tecnologia nas relações, o que demanda cada vez mais informação, participação e, mais, uma democracia sob nova roupagem⁴⁹⁴. A multiplicidade de públicos e de demandas deve ser encarada, portanto, como um fortalecimento da participação do cidadão nos debates da sociedade e no processo de decisões públicas⁴⁹⁵.

Inicia-se um processo de redefinição da linguagem sociocultural vigente, investindo-se em uma Democracia Participativa, propulsionado, em representativa parcela das experiências globais, por tentativas de “ampliação da gramática social e

⁴⁸⁸ Vide item 3.2.

⁴⁸⁹ Nesse sentido, Lorena Magalhães Navarro afirma que os ideais em torno da representação democrática e da legalidade enquanto expressão da autorregulação da sociedade não estão sendo realizados “pelos ‘meios adequados’ nem pelos representantes, nem pelos cidadãos”. Haveria, portanto, “falha de autoridade dos representantes, já que suas decisões não são mais aceitas como adequadas pelo povo, e falha do povo, que perde sua autoridade ao transferi-la para um representante que de fato não o representa”. (Análise da Participação... p. 19-20).

⁴⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação... p. 36.

⁴⁹¹ Cf. SANTOS, Boaventura Souza; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar... p. 50-51.

⁴⁹² SALIS, João Gomes. Interesse público... p. 18.

⁴⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação... p. 37-38.

⁴⁹⁴ NAVARRO, Lorena Magalhães. Análise da Participação... p. 51-52.

⁴⁹⁵ GUEDES, Éllida. Espaço Público... p. 9

de incorporação de novos atores ou de novos temas à política”⁴⁹⁶. Embora a democracia permaneça excludente, a Democracia Participativa propõe que todo e qualquer cidadão pode contribuir, surgindo com o fito de atenuar essa exclusão⁴⁹⁷. Historicamente, sempre se compreendeu que tudo que vem do Estado é público, contudo, os atores que foram efetivamente relevantes no exercício da esfera pública foi o da economia, o dos proprietários privados⁴⁹⁸. A participação permite que se atualize a esfera política, pois é a esfera social que é capaz de fazê-lo; o público não é um dado consumado no Estado, mas uma construção⁴⁹⁹.

O Direito Administrativo atual, a seu lado, conseqüentemente, orienta-se para a concretização de um cidadão não apenas eleitor, mas participante das decisões⁵⁰⁰. A Administração Pública despe-se progressivamente de suas vestes autoritárias, para desempenhar suas funções de forma compartilhada com a sociedade⁵⁰¹. A participação, aqui, não apenas como meros objetos da atuação estatal, mas como sujeitos⁵⁰², a demandar a estruturação de processos que ofereçam ao cidadão a possibilidade de efetivamente participar nos processos de decisão e exercer controle crítico na divergência de opiniões⁵⁰³.

6.3.2. A Participação como Instrumento Democratizante e de Aperfeiçoamento das Decisões Estatais.

O princípio da participação possui uma forte conexão com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que, realizado, contribui com a transparência da atividade pública e a abertura dessas aos interessados, além de integrar os particulares na realização do bem como, ao desenvolvimento da autodeterminação e emancipação social⁵⁰⁴. Busca-se a descentralização da gestão da coisa pública, tornando-se a Administração Pública mais aberta e democrática⁵⁰⁵,

⁴⁹⁶ SANTOS, Boaventura Souza; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar... p. 56.

⁴⁹⁷ NAVARRO, Lorena Magalhães. Análise da Participação... p. 51.

⁴⁹⁸ GRAU, Nuria Gunill. **Repensando o Público...** p. 23.

⁴⁹⁹ GRAU, Nuria Gunill. **Repensando o Público...** p. 22.

⁵⁰⁰ NAVARRO, Lorena Magalhães. Análise da Participação... p. 21.

⁵⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito...** p. 178.

⁵⁰² NETTO, Luís Cristina Pinto e. Procedimentalização e Participação: Imposições Jusfundamentais à Atividade Administrativa. *In*: Luiza Cristina Pinto e Netto; Eurico Bitencourt Neto. (Org.). **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais**. Diálogos necessários. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 216.

⁵⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288-289.

⁵⁰⁴ NETTO, Luís Cristina Pinto e. Procedimentalização... p. 231

⁵⁰⁵ NAVARRO, Lorena Magalhães. Análise da Participação... p. 92.

e horizontalizando-se o procedimento decisório, através da aproximação do particular à formação das escolhas.

Uma Administração Pública participativa firma-se pelo estabelecimento de uma rede de atores, públicos e privados, que somam recursos diversificados, tanto em quantidade, como em qualidade⁵⁰⁶. A sociedade torna-se cogestora dos interesses públicos, influenciado na melhora das decisões administrativas⁵⁰⁷.

A melhora das decisões possui o condão, em potencial, de diminuir a existência de conflitos nas relações entre Administração Pública e administrado⁵⁰⁸, pois abriga a ideia de consensualidade⁵⁰⁹. Com efeito, o princípio põe para a Administração o dever de, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, realizar um processo de diálogo, o qual induzirá ao alcance um consenso, o que influi, ainda, na eficiência da atividade administrativa⁵¹⁰.

Por assim ser, embora em primeira análise possa parecer, não há uma necessária incompatibilidade entre o princípio da eficiência e o princípio da participação. Ainda que possa a participação influenciar negativamente na celeridade e economicidade do procedimento administrativo – em tese, pois possui também o condão de diminuir conflitos –, deve-se considerar que sua satisfação eleva sobremaneira a legitimidade, a aceitabilidade, a consensualidade, a transparência e possibilidades de controle⁵¹¹. Assim, para lograr a eficiência, não raro, a Administração necessitará renunciar à autoridade e buscar o consentimento dos cidadãos⁵¹².

Entretanto, cumpre notar que a posição posta pelo Direito ao agente público e ao cidadão são distintas. Ao agente público cumpre prosseguir o interesse público através dos procedimentos postos pelo ordenamento jurídico, ao passo que para o

⁵⁰⁶ SALIS, João Gomes. Interesse público... p. 20.

⁵⁰⁷ É o que assevera Lorena Magalhães Navarro, acrescentando que, para a definição de interesse público “será promovida uma construção compartilhada, e não mais um conceito imposto pelo Estado” (Análise da Participação... p. 92 e 95).

⁵⁰⁸ Paulo Otero aponta que quanto maior a participação no procedimento decisório, maior será a legitimidade da decisão, “prevenindo-se” eventuais litígios pela prévia aceitação das decisões pelos respectivos destinatários” (Legalidade... p. 185).

⁵⁰⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. p. 293-317. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 297

⁵¹⁰ Cf. NAVARRO, Lorena Magalhães. Análise da Participação... p. 93.

⁵¹¹ Cf. OLBETZ, Karlin. O Princípio do Formalismo no Processo Administrativo. In: Medauar, Odete; SCHIRATO, Víctor Rhein. **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 215-238, 2010. p. 230.

⁵¹² REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As modulações no direito administrativo. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito Administrativo e democracia econômica**. p. 267-291. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 279.

cidadão o interesse público surge apenas como um marco moral e não uma exigência⁵¹³.

Pois bem. Tendo por certo o alargamento das atividades da função estatal e o enfraquecimento do formalismo legal, com a conseqüente ampliação dos espaços para conformação normativa pela Administração, necessário se faz atentar-se com maior interesse para o procedimento decisório, na formação da vontade administrativa⁵¹⁴, buscando nele a garantia da prossecução dos interesses públicos. A participação, é, portanto, salutar na formação da vontade da Administração Pública, contribuindo do procedimento ponderativo da pluralidade de interesses presentes na sociedade⁵¹⁵, contribuindo, sobremaneira, na revelação dos anseios sociais.

A democracia não se exaure na eleição⁵¹⁶, não lhe bastando esperar que o Estado garanta a satisfação do interesse público⁵¹⁷. Ao revés, cabe ao administrado exercer efetivamente sua cidadania, concorrendo para que as escolhas públicas sejam realizadas em conformidade com suas necessidades e interesses⁵¹⁸. Por tal razão, cada vez mais numerosas são as concessões, nos ordenamentos jurídicos, de poder-dever de participação do cidadão nos procedimentos decisórios da Administração Pública, exercendo neles, ainda, espécie de controle democrático⁵¹⁹⁻⁵²⁰.

6.3.3. A Concretização da Participação

A participação do cidadão na Administração Pública irá se concretizar nos ordenamentos jurídicos⁵²¹ a partir do estabelecimento de instrumentos que permitam desde o acesso à informação, entre os que permitem o controle, a votação para a

⁵¹³ Cf. SALIS, João Gomes. Interesse público... p. 23-24.

⁵¹⁴ NETTO, Luís Cristina Pinto e. Procedimentalização... p. 219.

⁵¹⁵ Nas palavras de Lorena Magalhães Navarro, a participação é imprescindível na atividade ponderativa do interesse público (Análise da Participação... p. 91).

⁵¹⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 188; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito...** p. 141\.

⁵¹⁷ SALIS, João Gomes. Interesse público... p. 21.

⁵¹⁸ NAVARRO, Lorena Magalhães. **Análise da Participação...** p. 19.

⁵¹⁹ SALIS, João Gomes. Interesse público... p. 26-27.

⁵²⁰ Lorena Magalhães Navarro teme a redução da participação a espécie de controle, uma vez que a participação popular é mais ampla, colocando o cidadão em posição conjunto ao Poder Público na definição de suas decisões e escolas (**Análise da Participação...** p. 92).

⁵²¹ Enquanto princípio expreso, a participação está prevista na Constituição da República Portuguesa, no art. 48º. A Constituição Espanhola determina que é direito dos todos os cidadãos à participação na vida política, econômica cultural e social, sendo dever dos Poderes Públicos facilitá-la (art. 9 e 23).

escolha de um programa político, até a interferência em procedimentos decisórios e a atuação direta do cidadão perante os órgãos integrantes da Administração Pública⁵²². Enquanto princípio, e, portanto, mandado de otimização, quanto mais intensa a participação cidadã, maior será a satisfação da norma.

Garantia ao particular e um dever à Administração, o princípio impõe a criação desses instrumentos jurídicos que confirmam eficácia prática da participação no procedimento entre sujeitos públicos e privados⁵²³. A título exemplificativo, pode-se citar instrumentos como o aviso, a informação, audiência, assistência. Quais os instrumentos, suas intensidades, se vinculantes ou não, dependerá de opções atinentes ao tempo e lugar de cada ordenamento⁵²⁴.

A participação pode ser levada a cabo individualmente, voltada à defesa de posições subjetivas, ou de forma coletiva, objetivando colaborar com a atuação administrativa⁵²⁵. Assim, embora possa haver grupos na sociedade relacionando com a Administração Pública, procurando influenciar suas decisões (partidos políticos, sindicatos, grandes empresas, organizações não governamentais, v.g.), a participação também poderá ocorrer através do cidadão⁵²⁶, individualmente considerado. Poderá, ainda, ocorrer por cogestão com a Administração Pública, ou autônomas, como a fazem as entidades privadas de utilidade pública⁵²⁷.

6.3.4. Refutação às Críticas à Participação

Pode-se criticar a abertura proposta pela participação, ao permitir que cidadãos contribuam na gestão da coisa pública em igualdade pela falta de informação que pode existir em membros da sociedade⁵²⁸. Trata-se, entretanto, de dificuldade, e não de uma barreira intransponível. Tornar os assuntos sociais

⁵²² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação... p. 40; e NAVARRO, Lorena Magalhães. **Análise da Participação...** p. 53.

⁵²³ Cf. NETTO, Luís Cristina Pinto e. Procedimentalização... p. 236 e 238.

⁵²⁴ "(...)importante apontar que a participação popular não terá sempre a mesma força e intensidade, dependendo de alguns fatores determinantes, como momento cronológico e o papel que a esta for atribuído em relação ao centro de decisão. Seu caráter vinculante variará de ordenamento para ordenamento, de decisão para decisão" (NAVARRO, Lorena Magalhães. **Análise da Participação...** p. 129).

⁵²⁵ NETTO, Luís Cristina Pinto e. Procedimentalização... p. 231.

⁵²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação... p. 38.

⁵²⁷ NAVARRO, Lorena Magalhães. **Análise da Participação...** p. 108.

⁵²⁸ A título exemplificativo, é de se notar a resistência apresentada por João Gomes Salis à aproximação da linguagem técnico-jurídica à linguagem popular comum, dita vulgar. Teme que a simplificação possa diminuir a precisão dos textos jurídicos, além de desrespeitar suas memórias, que, frequentemente, provém de debates doutrinários e jurisprudenciais (SALIS, João Gomes. Interesse público... p. 24).

inteligíveis pela sociedade, informar o cidadão sobre os eventos e objetos de seu interesse, é de extrema importância à realização de uma democracia real, sendo um dever a ser compartilhado entre os atores de uma sociedade democrática, quer sejam públicos ou privados⁵²⁹.

Se a Administração Pública atual se propõe a ser uma Administração não só de resultados, mas de bons resultados, resultados úteis aos interesses públicos e satisfatórios destes, a participação torna-se essencial. Por assim ser, a realização do princípio não ocorre apenas com a disposição de instrumentos participativos à sociedade, mas pela preparação desta a participar, tanto pela informação quanto pela transformação das informações disponíveis em algo acessível⁵³⁰. A efetivação desse panorama e a superação dos desafios envolvidos pode ser complexa, não sendo suficiente, entretanto, conforme aqui se defende, para tornar como prescindíveis os seus benefícios, e mesmo sua qualidade de necessária a efetivação de um real Estado de Direito Democrático.

Pode-se apontar, ainda, o risco de subversão do processo participatório por atores socialmente majoritários, subvertendo o sistema a fim de perpetuar seus interesses em detrimento dos demais, sob uma falsa roupagem de legitimidade democrática⁵³¹. Poderá, ainda, ser pervertido “pela burocratização da participação, pela reintrodução do clientelismo sob novas formas, pela exclusão de interesses subordinados através do silenciamento ou da manipulação das instituições participativas”⁵³². A forma de superar esses perigos é fazer da participação um processo constante de aprendizado e reflexão⁵³³.

Em boa análise, os aspectos negativos que ameaçam a subversão da participação já se mostraram capazes de subverter a representação. A participação, entretanto, tem o condão de aperfeiçoar a prossecução do interesse público, não

⁵²⁹ Lorena Magalhães Navarro, com quem se concorda, propõe que se admita “que os cidadãos disponham, regra geral, de informação incompleta e assimétrica, fator problemático para a participação, devemos encarar mais esse dado de forma positiva”, pois, conforme expõe, cumpre a quem governa, com primazia, fornecer condições para que os cidadãos possam gerir os seus assuntos (Análise da Participação... p. 98).

⁵³⁰ Em sentido semelhante, Lorena Magalhães Navarro aponta que “nesse estado em rede, a autoridade é compartilhada em rede, que evolui a um conceito de governança pública, o que implica que os governos sejam mais eficazes por meio do fortalecimento da sociedade civil, mediante o incentivo e fomento da participação popular e de um pluralismo de dimensões múltipla” (Análise da Participação... p. 99).

⁵³¹ Trata-se de risco analisado por Boaventura Souza Santos; Leonardo Avritzer (Para Ampliar... p. 74-75); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Participação... p. 38) e Lorena Magalhães Navarro (Análise da Participação... p. 124-129).

⁵³² SANTOS, Boaventura Souza; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar... p. 75.

⁵³³ SANTOS, Boaventura Souza; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar... p. 75.

sendo correto desvalorar o princípio por conta das patologias, devendo-se, ao revés, combatê-las a partir da apreciação da democracia como um processo educativo⁵³⁴.

⁵³⁴ NAVARRO. Análise da Participação... p. 129.

7. CONTROLE JURISDICIONAL

Como último ponto do presente estudo, propõe-se uma análise do controle jurisdicional sobre a Administração Pública. Diante de todas as alterações havidas na Administração e no direito administrativo, é esperado que também o controle de suas atividades sofra mudanças.

O foco no controle jurisdicional se deve ao fato de que, ainda em tempos atuais, é o mais importante meio de controle da Administração⁵³⁵, ainda que nos dias atuais haja uma tendência à busca de outros meios, inclusive com vistas à promoção de eficiência, como, por exemplo, a arbitragem. Como o objetivo aqui é avaliar pontos pertinentes à Administração Pública atual, a qual se denominou “de resultados”, o recorte aqui será sobre como se opera o controle diante das peculiaridades da nova gestão da coisa pública.

Viu-se que, para atender à complexidade do mundo atual, suas constantes mudanças e as pluralidades de interesses, a Administração Pública e o Direito que a rege sofrem reformas. Percebeu-se, ainda, que para alcançar os objetivos, necessário é revisitar o conceito de legalidade e desmistificar o formalismo normativo, concedendo maior liberdade procedimental à Administração. Notou-se que a concessão de maiores espaços de conformação normativa é contrabalanceada pela compreensão de que a vinculação administrativa não se resume às regras legais, mas a todo o ordenamento jurídico, inclusive às normas princípios. Em seguida, foram feitos comentários acerca da posição ocupada pelos princípios no ordenamento jurídico e, especificamente, no direito administrativo, e investigados alguns destes que despontam, sejam como novidade ou como nova roupagem, no novo Direito Administrativo em construção.

O controle é a verificação da “conformidade de uma atuação a determinados cânones”⁵³⁶ Pois bem, diante do exposto, o foco que será dado aqui será do controle jurisdicional da Administração Pública de resultados diante no exercício das liberdades – jamais absoluta, recorde-se – e, sobretudo, quando realizado habilitada normativamente por princípios.

Não serão realizadas maiores análises sobre o controle em situações há vinculação da Administração a regra, mesmo quando seja esta a densificação de um

⁵³⁵ MADAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 198.

⁵³⁶ É o conceito que nos oferece Odete Medauar, inspirada por autores italianos (**Controle...** p. 26).

princípio jurídico. É o que ocorre quando, para concretização da eficiência, se estabelece prazos para garantir que determinados atos sejam praticados com celeridade, quando se propõe critérios de bonificação de funcionários baseados em mérito, quando se determina a busca do menor preço para contratações públicas, etc. Ocorrerá, também, ainda a título ilustrativo, quando, em homenagem à participação, estabelece-se que previamente a contratações a partir de um valor considerado pelo o Legislador como alto, será necessária a realização prévia de audiência pública a fim de recolher opiniões e contribuições entre os cidadãos; ou quando se estabelece que em um determinado conselho administrativo deverá ser reservada uma determinada porcentagem das vagas a membros da sociedade. Nesses casos, embora sejam os fins postos pelo princípio que iluminam a determinação legislativa, sua concretização em regra encerra um juízo de determinabilidade, de certeza, de forma que, ao menos em tese, não há maiores complicações no exercício do controle jurisdicional⁵³⁷.

A abordagem proposta aqui se debruçará no controle das decisões administrativas a partir dos princípios ainda não concretizados em regra pelo Legislador. Analisar-se-á, portanto, a influência da norma principiológica nas decisões da Administração Pública, ainda que na ausência de regra que vincule rigidamente sua conduta.

O enfraquecimento do legalismo em matéria de regulamentação da atividade da Administração Pública, a partir da edição de leis mais brandas, horizontais, que não se propõe a predefinir com exatidão a gestão da coisa pública, impõe mudanças na matéria do controle desta. Não há mais espaço para modelos administrativos incontroláveis, dotados de tamanho poder, de forma que é necessário que o aprofundamento do controle jurisdicional nas decisões administrativas, sobretudo com a imputação, aos casos concretos, dos princípios⁵³⁸. Num cenário tal, intensifica-se a necessidade do controle externo jurisdicional para garantir o Estado de Direito⁵³⁹.

Assim, antes de dar-se sequência, convém analisar-se questões acerca da intensidade do controle jurisdicional, questões que normalmente são levantadas por

⁵³⁷ “A lei pode descrever com absoluto rigor e precisão as situações fáticas perante as quais seja obrigatório um único, determinado e específico comportamento administrativo. Nestes casos, a atuação administrativa aparece de antemão travada, e de tal forma, que o cumprimento exato da lei e, conseqüentemente, de sua finalidade, nos casos concretos, não ensejará questionamentos”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle Judicial...** p. 15).

⁵³⁸ AMEIDA, Mário Aroso de. **Teoria Geral...** p. 52-54.

⁵³⁹ ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O Controle Jurisdicional...** p. 250.

doutrinas e jurisprudências quando da apreciação das possibilidades de um controle realizado pelo Judiciário sobre a Administração Pública.

7.1. INTENSIDADE DO CONTROLE

A questão sobre a intensidade do controle, na prática, irá variar de Estado a Estado, alguns adotando uma postura mais conservadora – ou seja, de menor intensidade do controle jurisdicional sobre a Administração – e outros uma postura mais vanguardista, de realização do controle com maior intensidade. Não há, entretanto, como se advogar pela superioridade, em abstrato, de uma opção ou outra, uma vez que essa escolha decorre de considerações subjetivas e políticas dos Tribunais e demais atores envolvidos⁵⁴⁰.

Quando a intensidade do controle é expressamente definida pelo Legislador/Constituinte, não há maiores questões problemáticas a serem suscitadas, uma vez que a escolha coube àquela que, em tese, é a mais legítima para tanto⁵⁴¹. Torna-se, portanto, controversa, a questão, nos ordenamentos em que a escolha da intensidade do controle será determinada pelos próprios Tribunais.

Não há aqui pretensão de investigar como se exerce esse controle em diferentes ordenamentos jurídicos – o que não impedirá que, por vezes, sejam obtidos exemplos da prática de alguns Estados –, de forma que os comentários a serem tecidos serão provenientes de análises dogmáticas das razões que normalmente guiam a escolha da intensidade do controle jurisdicional a ser realizado.

A pesquisa sobre o tema revela que normalmente são três questões centrais quando da análise do tema pelas doutrinas e jurisprudências, quais seja: 1) separação dos poderes; 2) legitimidade democrática; e 3) conhecimento técnico.

Sendo esses, os três pontos centrais que permeiam o debate sobre a legitimidade de um controle jurisdicional mais intenso sobre a atividade administrativa, convém tratar sobre cada um.

7.1.1. Separação dos Poderes

⁵⁴⁰ JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial...** p. 653 e 278-279.

⁵⁴¹ Cf. JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial...** p. 658.

A separação dos Poderes é comumente invocada como argumento favorável a um controle restrito do Judiciário sobre a Administração Pública⁵⁴². Nessa linha, acredita-se que, permitindo-se o controle jurisdicional para além daquele de conformidade com a lei – e, por lei, compreenda-se regra legal –, se estaria permitindo que os Tribunais fizessem as vezes de administradores⁵⁴³.

Assim, em decorrência da separação das funções estatais, haveria necessidade de o controle jurisdicional se autorrestringisse em sua intensidade, sob pena de cometer uma ingerência em atividades típicas da função administrativa⁵⁴⁴. Dessa suposta intromissão resultaria um desequilíbrio entre e os três poderes, que deveria desempenhar tão somente suas funções clássicas⁵⁴⁵.

A conexão entre a premissa e a conclusão, entretanto, não é tão imediata quanto talvez, *a priori*, possa parecer. Na verdade, tal conclusão – de que um controle intenso comprometeria a separação dos poderes –, decorre de um compreensão superficial da temática⁵⁴⁶. Com efeito, faz parte da própria harmonização da separação das funções estatais que uma exerça controle sobre a outra, posto que, diante da crescente complexidade da realidade político-institucional e socioeconômica atual, são necessárias certas intervenções a fim de evitar e, mesmo, corrigir abusos⁵⁴⁷.

Assim, a partir de uma perspectiva mais progressista, é possível compreender-se que é da lógica da própria separação de poderes que o Poder Judiciário exerça controle amplo sobre a Administração Pública sem que necessariamente ocorra uma ingerência indevida, uma vez que àquele é dado a função jurisdicional⁵⁴⁸. Em verdade, o aumento da intensidade do controle garantiria a própria harmonia da separação dos poderes⁵⁴⁹, sendo essencial a esta a efetiva

⁵⁴² Luiz S. Cabral Moncada afirma que deve haver limites para o controle judicial da administração – tanto advindo da lei como de autocontenção judicial – para que haja uma equilibrada coexistência dos poderes estatais (**Autoridade e Liberdade...** p. 566).

⁵⁴³ Nesse sentido, Seabra Fagundes afirmava que pela “necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, se põem restrições à apreciação jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei” (O controle... p. 148).

⁵⁴⁴ É o que nos informa as lições de Odete Medauar sobre essa linha de posicionamento, aqui definida como conservadora (p. 221).

⁵⁴⁵ JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial...** p. 622.

⁵⁴⁶ JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial...** p. 622.

⁵⁴⁷ SÁVIO, José. O Controle... p. 537.

⁵⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **Controle...** p. 222.

⁵⁴⁹ ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O Controle Jurisdicional...** p. 250.

proteção dos direitos e interesses dos administrados contra abusos da Administração⁵⁵⁰.

Esta última compreensão mostra-se coerente, sobretudo no contexto atual. A concessão de maiores competências decisórias à Administração Pública sem a compensatória intensificação do controle jurisdicional sobre ela resultaria na chancela a uma excessivamente poderosa Administração. O controle jurisdicional contém as prerrogativas necessárias para fazer-se eficaz, mesmo quando todas as demais instâncias de controle restarem inefetivas⁵⁵¹.

A permissão para que a Administração Pública exerça as liberdades de escolhas normativamente concedidas sem que haja a possibilidade de um controle intenso de juridicidade sobre ela carrega em si o risco de representar, também, a permissão à perpetuação de condutas arbitrárias⁵⁵². Isso, sim, seria um risco à harmonia das funções estatais⁵⁵³.

A mais, há no cenário atual, em não poucos Estados, uma crise de representatividade, de não reconhecimento dos cidadãos nas escolhas formuladas pelos seus representantes políticos. Com efeito, por estarem os políticos, por vezes, mais voltados a questões partidárias, ou movidos por intenções manipuladas, do que com o interesse público, a sociedade acaba por não reconhecer as suas escolhas como legítimas, o que a leva a depositar confiança no Judiciário, compreendendo-o como mais próximas e responsivas às necessidades⁵⁵⁴.

Apenas se o Judiciário extrapolar suas competências, exercendo um controle sobre o ato para além daquele pautado no ordenamento jurídico, ou seja,

⁵⁵⁰ CAUPERS, João. O Controle Jurisdicional da Administração Pública nos Estados Lusófonos, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, vol. 789, jun, 2001. p. 11.

⁵⁵¹ “O Judiciário precisa firmar o seu papel na sociedade protege, impondo o seu poder-dever de coibir atos que atentem ao direito, tendo em vista que este detém a prerrogativa da aplicabilidade coativa da lei aos litigantes, assumindo sua posição como órgão controlador das atividades normativas do Executivo e como peça central da manutenção da estabilidade social do Estado nacional” (FRANÇA, Philip Gil. **Controle da Administração...** p. 164).

⁵⁵² Em sentido semelhante, Juarez Freitas assevera que “cabe ao Poder Judiciário, sem nada usurpar, atuar diligentemente no sentido de interditar a arbitrariedade por ação ou omissão. (...) Na interdependência dos poderes, o controle não pode deixar de verificar se efetivamente a conduta arbitrária ocorreu, isto é, se o administrador agiu, ou deixou de agir, com legitimidade e proporcionalidade” (**O Controle...** p. 353).

⁵⁵³ “O princípio da divisão dos poderes visa a garantir a liberdade dos cidadãos, de maneira a impedir que um dos Poderes do Estado se torne um tirano, promovendo a adequada distribuição de competências estatais entre os órgãos da soberania criados na constituição e o estabelecimento de controles recíprocos” (MAURÍCIO JR., Alceu. **A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 174).

⁵⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito...** p. 164.

adentrando-se no espaço de escolhas legítimas da Administração Pública, é que se estaria diante de uma ofensa à tripartição dos poderes⁵⁵⁵.

De qualquer sorte, convém notar-se que em Estados adotantes de uma jurisdição administrativa a preocupação quanto a possíveis intromissões institucionais indevidas se torna menos valorosa, uma vez que os Tribunais administrativos pertence à própria Administração Pública⁵⁵⁶.

7.1.2. Legitimidade Democrática

As considerações acerca da legitimidade democrática em torno de um controle jurisdicional intenso sobre a atividade administrativa gira em torno do seguinte questionamento: seriam os magistrados, não possuidores de um mandato eletivo, apreciar aspectos relativos ao interesse público⁵⁵⁷?

Pela lógica da distribuição das funções do Estado, as decisões relativas aos interesses públicos devem ser tomadas pelo povo, quer seja diretamente, ou através de seus representantes⁵⁵⁸. Por tal lógica, a permissão a um controle jurisdicional amplo sobre as condutas e escolhas da Administração Pública geraria embaraços à ordem democrática, uma vez que ao Judiciário não assistia legitimidade política⁵⁵⁹.

Ocorre que, muito embora não sejam os magistrados escolhidos democraticamente pelo povo para representa-los, o ordenamento jurídico concede-lhe competências para resolver conflitos. Assim, muito embora não haja legitimidade democrática para realização de escolhas que envolvam o interesse público, a o dever institucional de proteger a juridicidade.

Se as escolhas adotadas pela Administração Pública comprometam a prossecução do interesse público, contrariando o ordenamento jurídico como um todo, inclusive as normas princípios que afetam a atividade administrativa, a própria

⁵⁵⁵ Philip Gil França propõe, de forma semelhante, que tal ofensa à tripartição dos poderes ocorreria quando o judiciário realizasse um controle sobre os aspectos subjetivos do mérito administrativo sem uma fundamentação consistente. Isso porque, em sua compreensão, os princípios jurídicos seriam instrumentos objetificadores do mérito dos atos administrativos” (FRANÇA, Philip Gil. **Controle da Administração...** p. 185)

⁵⁵⁶ JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial...** p.623-624.

⁵⁵⁷ MEDAUAR, Odete. **Controle...** p. 222.

⁵⁵⁸ MAURÍCIO JR, Alceu. **A Revisão Judicial...** p. 176.

⁵⁵⁹ Paulo Otero demonstra receio com a questão, ao propor que a abertura da legalidade administrativa principiologicamente em largos setores da atividade da Administração Pública “ corre o risco de transferir para os tribunais a função de limitação do poder e de proteção dos particulares, que a lei, enquanto “Direito das regras”, antes desempenhava”. Complementa que “o pluralismo que está na gênese do modelo constitucional aberto dará então origem, paradoxalmente, a um modelo definidor do Direito que carece de legitimidade político-democrática” (**Legalidade...** p. 168-169).

ordem democrática exigirá que os magistrados, uma vez provocados para tanto, atuem⁵⁶⁰. Portanto, desde que não transponha os limites do Direito, adentrando-se num âmbito reservado a escolhas políticas juridicamente legítimas, não há qualquer óbice democrático ao controle jurisdicional intenso.

7.1.3. Conhecimento Técnico

Por fim, nota-se a invocação comum de questões relativas à detenção de conhecimentos técnicos para realização de escolhas e controle delas. Assim, pode-se compreender que, uma vez não possuindo conhecimentos técnicos-administrativos para tanto, não poderia o Judiciário realizar uma fiscalização ampla sobre a Administração Pública. A Administração estaria mais bem aparelhada e funcionalmente preparada do que os Tribunais para realizar decisões em torno do interesse público⁵⁶¹.

A questão, embora relevante, não necessariamente constitui uma barreira intransponível a um controle jurisdicional intenso sobre as decisões administrativas. As dificuldades de uma fiscalização demandante de um conhecimento técnico que, porventura, possam ocorrer em um determinado ordenamento jurídico, podem ser superadas, por reformas institucionais que adaptem os Tribunais para tanto, através do aparelhamento de equipes técnicas, da permissão de consulta a peritos, etc⁵⁶². Com efeito, é possível munir o Judiciário de ferramentas que o torne apto a enfrentar questões técnicas da atividade administrativa⁵⁶³. A particularidade de tais casos será que, para aplicação dos critérios técnicos juridicizados, será necessário recorrer a outros saberes⁵⁶⁴.

Alguns ordenamentos jurídicos – como o inglês, o alemão, o estadunidense e o brasileiro, por exemplo –, adotam a figura do *amicus curiae* (termo latino para

⁵⁶⁰ Em sentido semelhante, analisando o controle sobre escolhas relativas a alocação de recursos, Alceu Maurício Jr. leciona que, se tais escolhas “vulneram os direitos que condicionam o desenvolvimento da democracia, o próprio princípio democrático exigirá a atuação – do povo ou de seus representantes – através do Judiciário. Entretanto, não podemos cair na tentação autoritária de um governo de juizes (...) e esquecer que sua função nessa tarefa é subsidiária”. (**A Revisão...** p. 223)

⁵⁶¹ Assim entende Luiz S. Cabral Moncada (**Autoridade e Liberdade...** p. 565).

⁵⁶² Cf. JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial...** p. 656; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito...** p. 160.

⁵⁶³ “O Judiciário possui (...) ferramentas plenamente hábeis para o questionamento de qualquer questão técnica que esteja sob a responsabilidade da Administração Pública, pois esta é a legal função dos peritos judiciais indicados quando necessários” (FRANÇA, Philip Gil. **Controle da Administração...** p. 163).

⁵⁶⁴ RAIMUNDO, Miguel Assis. **Os Princípios...** p. 201-202.

“amigo da corte”). Trata-se de terceiro que poderá atuar em um processo judicial cedendo sua opinião sobre causas complexas. Assim, o *amicus curiae* deverá ser uma pessoa, órgão ou entidade especializada na matéria posta ao Tribunal, que tenha representatividade e possa contribuir com a solução da causa⁵⁶⁵.

Nota-se, a título ilustrativo, que, no Brasil, há a necessidade de intimação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (entidade da Administração Pública que atua em defesa da concorrência, orientando, fiscalizando e apurando abusos do poder econômico), no processos nos quais são discutidas questões relativas a direito da concorrência⁵⁶⁶. Convoca-se, pois, a entidade, como amiga da corte, para tratar de matéria complexa, que exige conhecimento técnico-especializado o qual, ordinariamente, os magistrados não possuem. O *amicus curiae* pode viabilizar, pelo fornecimento de subsídios e informações qualitativas, a condição de fala para o órgão julgador⁵⁶⁷.

Questões técnicas não impedem que os Tribunais conheçam e julguem questões relativas a acidentes de trabalho, vícios em produtos tecnológicos, erro médico, entre outros. Não é, portanto, motivo, por si só, impeditivo de um controle da Administração Pública para além daquele legalista formal pautando em regras.

A necessidade de conhecimentos técnicos-especializados poderá, enfim, demandar adaptações do Judiciário, mas não é motivo suficiente para que se furte de analisar possíveis antijuridicidades nas condutas administrativas.

7.1.4. Por um Controle Jurisdicional Adequado

Do exposto, percebe-se que, embora a separação dos poderes, a legitimação democrática e a necessidade de conhecimentos técnicos sejam questões relevantes para a averiguação da intensidade do controle jurisdicional sobre a Administração Pública, não podem ser encaradas com impeditivos desse controle.

Importante rememorar que quando se defende o controle jurisdicional intenso das atividades e escolhas administrativas, o que se propõe é um controle que

⁵⁶⁵ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. 01**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 522-523.

⁵⁶⁶ “Ter-se-á (...) que controlar o ato administrativo, em maior ou menor intensidade não apenas no tocante à legalidade, senão que também em face da totalidade de princípios” (FREITAS, Juarez. **O Controle...** p. 334-335).

⁵⁶⁷ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A Institucionalização do *Amicus Curiae*: Representatividade, Contributividade e suas Prerrogativas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **O processo Civil entre a Técnica e a Tutela dos Direitos**: Estudos em Homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 732.

transpasse o formalismo de outrora⁵⁶⁸, para representar um controle que se pautar no ordenamento jurídico como um todo, a partir de uma compreensão ampla da legalidade, que contemple os princípios.

A mesma juridicidade que pauta o procedimento administrativo deverá pautar o controle deste pelo Judiciário. Quer-se dizer, assim como a Administração Pública deverá pautar suas escolhas a partir da observância do ordenamento jurídico, estando sempre vinculado, minimamente, pelas normas princípios, deverá o controle jurisdicional se pautar nessas bases.

Assim, ao magistrado será dado confrontar a conformidade jurídica da escolha administrativa que lhe foi posta a conhecimento com a juridicidade. Confrontando-se com condutas ditas discricionárias, deverá realizar o controle se essa houver sido praticada em desconformidade com os princípios pertinentes⁵⁶⁹. Contudo, havendo a escolha sido realizada entre aquelas pertencentes ao campo de escolhas legítimas a serem adotadas, não poderá o Judiciário realizar intromissões, sob pena de cometer ingerência sobre o mérito administrativo⁵⁷⁰.

O controle jurisdicional deverá ser, portanto, adequado à vinculação que possuir a conduta administrativa em concreto. A sua intensificação não só se mostra legítima, como necessária à adequação à nova realidade, na qual, apesar de haver maior concessão normativa de liberdade de apreciação às autoridades administrativas, amplia-se a sua vinculação, ao submetê-la à juridicidade⁵⁷¹. Maiores são, portanto, as áreas em que a Administração Pública poderá realizar escolhas, ao passo que se reduz o espaço de real mérito administrativo, o qual, sempre que transpassado, poderá ser submetido ao controle do Judiciário.

⁵⁶⁸ Propunha-se que, como visto, ao “Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-sómente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão” (FAGUNDES, Seabra. **O Controle...** p. 148).

⁵⁶⁹ Na analogia de Philip Gil: “No momento em que o ato agride a flexível pele que cobre o sistema jurídico a tal ponto de rompê-la, faz-se necessário o pronto curativo”. (**Controle da Administração...** p. 166)

⁵⁷⁰ Trata-se de conclusão que se alinha àquelas realizadas sobre a discricionariedade e o mérito administrativo no Direito Administrativo atual no item 4 deste estudo. Em sentido semelhante, Juarez Freitas afirma que “continua plausível asseverar que o Poder Judiciário não aprecia o merecimento, em si, da decisão administrativa”, de forma que nem muito intenso, nem pouco intenso deverá ser o controle jurisdicional, mas, sim, proporcional (**O Controle...** p. 335). Continua válida, portanto, dentro da proposta conceitual aqui apresentada, a afirmação de Seabra Fagundes de que o “mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nêle penetrando” atuaria como administrador (**O Controle...** p. 150), o que muda, entretanto, é a amplitude desse mérito.

⁵⁷¹ Odete Medauar afirma, em análise do ordenamento brasileiro, que, hoje, indubitavelmente a legalidade administrativa assenta em bases mais amplas do que no passado, e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração” (**Controle...** p. 226).

A possibilidade de um controle jurisdicional em intensidade adequada da Administração Pública não é só positiva por permitir a correção de escolhas antijurídicas, mas, ainda, porque a sua existência, em si, possui caráter inibidor de abusos por parte de autoridades públicas. O agente administrativo torna-se mais cauteloso, mais atento às exigências do ordenamento jurídico, pela consciência de que seus atos poderão ser controlados pelo Judiciário⁵⁷².

A legitimação proveniente do ordenamento jurídico para realização do controle pelos Tribunais, entretanto, não afasta a necessidade de cautela. O controle da Administração Pública deverá sempre considerar as possibilidades de seu mau uso, para finalidades outras que não o interesse público⁵⁷³. Com efeito, convém que os magistrados sempre se atentem para as possibilidades do uso de lides simuladas, conluio e outras formas de artificializar o processo em busca de resultados torpes. Se o paradigma da Administração Pública é ser eficiente e eficaz na obtenção dos resultados juridicamente postos, não deverá o controle pelo Judiciário servir como ferramenta para criação de embaraços à obtenção desses resultados.

Ainda que não haja indícios de intenções improbas nas lides, deverá o magistrado apreciar as consequências de suas decisões. O controle não é um fim em si mesmo, mas um aperfeiçoamento da gestão das coisas públicas⁵⁷⁴. Assim, o controle de uma determinada atividade administrativa poderá gerar, na prática, danos piores do que aqueles que obtidos com a sua manutenção. Assim, embora deva ser intenso, o controle jurisdicional deve também ser ponderativo de suas decisões para que elas tenham o menor impacto nos interesses públicos relevantes no caso⁵⁷⁵.

⁵⁷² Em sentido semelhante, Philip Gil França propõe que “o ato administrativo depende do Estado-juiz para se manter em conformidade com o sistema jurídico, mesmo quando não há uma concreta atuação do Judiciário em seus efeitos. Isso porque, para a manutenção do Estado de Direito, torna-se obrigatória (pelo menos) a expectativa de que os atos administrativos possam ser tutelados por um ente constitucionalmente constituído para cancelar ocasionais legalidades, ou corrigir -ou impedir – eventuais ilegalidades” (A Adequada Tutela Jurisdicional no Controle da Administração Pública. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **O processo Civil entre a Técnica e a Tutela dos Direitos**: Estudos em Homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 679.

⁵⁷³ Nesse sentido, Philip Gil aponta que “o controle da Administração Pública exercido pelo Judiciário deve ser verificado com cautela para que seus efeitos, dentro de uma sistemática lenta e burocrática do Estado atual, não sejam usados com objetivos não tão nobres quanto é a segurança jurídica dos atos administrativos em prol do cidadão” (**Controle da Administração...** p. 165).

⁵⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>>. p. 06.

⁵⁷⁵ Segundo Floriano Azevedo Marques Neto, “um sistema de controle que só pune, invalida e impede não será um controle conforme aos cânones do Estado Democrático de Direito. Será se conseguir

Note-se a situação a partir de um exemplo. Não raramente ordenamentos jurídicos trazem regras especiais para situações emergenciais, que afastam a necessidade de adoção de procedimentos mais formais permitindo que se realize ações com maior prontidão. Assim, comumente encontra-se regras que permitem que, em situações de calamidade pública, realize-se contratações de forma simplificada, ou mesmo sem observância dos procedimentos formais previsto em lei. Em caso de uma epidemia de uma doença rara, tais ordenamentos permitiram, por exemplo, que, a partir de procedimentos simplificados, a Administração Pública contratasse médicos, enfermeiros, técnicos, etc.

Pois bem, a partir da hipótese ilustrada, figure-se que houve, de fato, uma epidemia em determinada localidade, e que os hospitais públicos desse local não possuísem contingente suficiente para atender a grande e crescente quantidade de enfermos que lhe apareciam. A Administração deste local realiza, portanto, de forma emergencial, sem procedimentos concorrenciais, profissionais da área de saúde que se habilitam para o serviço para atuarem por três meses, até o controle da epidemia. Entretanto, realizada a contratação, um órgão de controle legítimo para tanto propõe uma ação judicial a fim de obter a declaração de nulidade dessas contratações, porque a necessidade haveria sido gerada pela própria torpeza das autoridades públicas, que, há muito estavam sendo alertadas da insuficiência de profissionais nos nosocômios públicos, optando, entretanto, por aguardar pela situação emergencial para contratar profissionais entre parentes e amigos.

Assim, embora por um controle formalista a atitude escorreita do magistrado que confronta o caso devesse ser de pronta anulação das contratações, pelos desvios de finalidade e antijuridicidades da conduta, o controle consequencialista poderá revelar que, na prática, a anulação trará mais prejuízos ao interesse público do que a manutenção dos contratos, uma vez que os profissionais estava realmente realizando os serviços para os quais foram contratados e os enfermos realmente precisavam de cuidados imediatos.

Nota-se, enfim, que, da mesma forma que a Administração Pública deve atentar-se aos resultados de sua atuação, deverá o Judiciário ao controla-la. No exemplo dado, a manutenção das contratações realizadas se mostrava a decisão de melhores resultados. O contraponto é que os ordenamentos permitam que, muito

combinar rigor no combate aos despautérios com a verificação ponderada das consequências das medidas de coibição a seu alcance. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes... p. 6).

embora possa existir a convalidação de condutas ilegais, em respeito aos seus efeitos práticos, seja possível averiguar responsabilidades e punir que, culposamente, estão envolvidos na ilegalidade, a fim de que não se crie uma cultura de irresponsabilidade.

7.2. O CONTROLE POR PRINCÍPIOS

Ausentes regras a determinar a nível de certeza a conduta a ser adotada, é necessário observar se a decisão administrativa adotada esteve apta a satisfazer as finalidades do ordenamento jurídico⁵⁷⁶, a partir do confronto da escolha realizada e os princípios jurídicos⁵⁷⁷. Esse controle é essencialmente material, sendo possível que determinadas ações sejam formalmente corretas, porém não estejam em consonância com o ordenamento jurídico⁵⁷⁸.

Com efeito, como demonstrado, os princípios apresentam um resultado a ser concretizado, um estado de coisas a ser promovido, na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto⁵⁷⁹. Não se controla apenas se a conduta foi adotada por quem tem competência, ou se o agente que a praticou se utilizou dos meios e instrumentos indicados na lei, mas se as escolhas adotadas foram aptas a satisfazer os deveres postos pelo Direito como um todo⁵⁸⁰. Evita-se, assim, que a Administração pública adote postura escapista do controle

⁵⁷⁶ Em sentido semelhante são as observações de Miguel Assis Raimundo, ao analisar o controlo jurisdicional a partir do princípio da boa administração no ordenamento português: "(...) uma evolução da metodologia do controlo (jurisdicional e não só) sobre a administração torna-se necessária, para responder a um ordenamento jurídico que cada vez mais assenta em normas que se limitam a definir fins globais e a habilitar as administrações a prosseguir-los. Nesse contexto, de facto, permitir que o controlo jurisdicional se refugie em máximas cunhadas para resolver situações diferentes pode ser o primeiro passo para permitir que o poder público reserve novamente para si parcelas cada vez mais significativas de verdadeira imunidade. Um modo adequado de reagir a este movimento é promover uma justiça mais virada para aspectos materiais e com capacidade de controlar os resultados da acção pública, tarefas para as quais o princípio da boa administração parece ser bastante adequado". (Os Princípios... p. 203.).

⁵⁷⁷ Conforme posto, e nos termos da lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, os princípios oferecem a última possibilidade de controle da discricionariedade, pois a norma que dá o poder de escolha à administração não a derroga de todo o ordenamento jurídico, que, com seus princípios, continua a vinculá-la (**Curso de Derecho Administrativo...** p.471). Ver também: MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional...** p. 152.

⁵⁷⁸ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional...** p. 97.

⁵⁷⁹ Vide item 5.1.

⁵⁸⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que no Estado Pós-Moderno, a Administração Pública se submete a controles de desempenho, "já não mais apenas relativamente aos meios empregados, como se propunha no Direito Administrativo tradicional, mas em relação aos fins propostos – portanto, se efetivamente alcançados -, ou seja: voltado aos resultados da sua atuação" (**O Direito...** p. 168).

jurisdicional, sob um argumento frágil de escolha por conveniência e oportunidade, ou por referências imprecisas a dispositivos normativos⁵⁸¹.

Assim, o desvio desses padrões merece controle, inclusive, como vem sido defendido aqui, jurisdicional.

O controle do Estado-juiz pode ocorrer de duas formas, as quais podem ser denominadas de controle negativo e controle positivo. Na primeira forma de controle, o magistrado se limita a dizer que a conduta é inválida, por desrespeito ao princípio, ao passo que no controle positivo, o julgador não só afirma que a invalidade da conduta, como apontar qual seria, no caso concreto, a conduta escoreta administração a ser adotada.

7.2.1. Controle Jurisdicional Negativo

Como introduzido, no controle negativo da conduta administrativa, o Judiciário, uma vez provocado para tanto, faz controle de boa administração sobre a conduta da Administração Pública e, verificando que esta desrespeita a juridicidade, se restringe a invalidá-la. Quer-se dizer, o julgador apenas declara a invalidade existente, sem apontar qual a conduta seria válida, numa espécie de “administrador negativo”⁵⁸².

Assim, conhecendo a conduta administrativa concreta que lhe é posto à fiscalização, o magistrado deverá verificar se a escolha realizada adequa-se ao núcleo de escolhas juridicamente possíveis⁵⁸³. Sendo a conduta objeto do controle validado pela juridicidade, deverá o pronunciamento jurisdicional determinar a sua manutenção⁵⁸⁴. Contudo, se a opção em análise se mostrar atentatória ao ordenamento jurídico, limitar-se-á o magistrado a anular o ato, deixando à Administração a oportunidade de praticar novo ato, entre aqueles o que direito lhe permite escolher⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ FREITAS, Juarez. **O Controle...** p. 365.

⁵⁸² A expressão é de Juarez Freitas, que realiza a comparação com a atuação de controle com aquela realizada na fiscalização de constitucionalidade, no qual se fala na figura do “legislador negativo”. (**Direito Fundamental...** p. 66).

⁵⁸³ Segundo Raquel Melo Urbano de Carvalho, “no tocante à discricionariedade, impõe-se uma interpretação sistêmica do ordenamento constitucional, das normas legais e administrativas de regência, de modo a definir qual é a margem de liberdade que, de fato, remanesce naquele caso concreto” (O dever de motivar... p. 423).

⁵⁸⁴ ARAÚJO, Florivaldo. **Motivação e Controle...** p. 134.

⁵⁸⁵ ARAÚJO, Florivaldo. **Motivação e Controle...** p. 134; FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do Mérito...** p. 293.

Quer-se dizer, o Estado-juiz não adentra no rol do verdadeiro mérito administrativo, ou seja, das escolhas legítimas, apenas indicando que a escolha concreta não está de acordo com o Direito⁵⁸⁶. Remanesce, pois, intocável a margem decisória do administrador, que poderá tomar uma nova decisão, a qual poderá ser igualmente levada ao controle jurisdicional⁵⁸⁷.

Na dúvida, o correto é que o Judiciário se abstenha de declarar a invalidade da conduta cuja apreciação lhe é posta. O juízo jurisdicional de controle deve se estreitar à certeza para que não haja interferências indevidas. Entretanto, não se trata de um juízo impossível. O controle sobre atos públicos através de um juízo fundado em princípios impescinde da avaliação, a concreto, da aferição dos efeitos que serão obtidos através dos meios escolhidos, o que nem sempre poderá ser obtido de forma definida. Isso, entretanto, não necessariamente impede o controle, mas certamente afeta a sua intensidade⁵⁸⁸.

Assim, se há duas ou mais condutas possíveis para o caso posto à apreciação, todas legítimas do ponto de vista jurídico, não cumpre ao magistrado indicar qual a conduta que deve ser adotada. Contudo, se a conduta que fora adotada na prática se encontra contrária a quaisquer das condutas juridicamente válidas, cabe ao juiz exercer o controle, limitando-se, entretanto, a declarar sua invalidade.

À guisa de exemplo, tome-se o a análise de conformidade entre uma escolha hipotética e o princípio da eficiência. Imagine-se que um determinado Estado pretende estruturar uma guarda nacional com competência exclusiva do trânsito em suas autoestradas⁵⁸⁹. Na escolha da forma de atuação desta polícia, diante de uma autorização legislativa, o Executivo regulamenta que os agentes da referida guarda atuarão à beira da pista montados em cavalos, para que possam perseguir e repreender imediatamente o infrator das regras de trânsito. Em um caso tal, é

⁵⁸⁶ Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que em certos casos, ainda que não seja possível dizer qual o comportamento obrigatório que atenda ao interesse público, é possível dizer que aquele comportamento específico adotado não atende (Controle Judicial... p. 14). Juarez Freitas aponta que ainda que o mérito não possa ser diretamente controlável, o desmérito sempre será (**Direito Fundamental...** p. 68).

⁵⁸⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional...** p. 154.

⁵⁸⁸ Em comentários sobre o princípio da proporcionalidade, que, assim como a boa administração, possui caráter instrumental, visando a balizar a relação de causalidade entre as escolhas realizadas e o estado de coisas desejado, Humberto Ávila aponta que "sua força estruturante reside na forma como podem ser precisados os efeitos da utilização do meio e de como é definido o fim justificativo da medida. Um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público" (**Teoria dos Princípios...** p. 206).

⁵⁸⁹ Este mesmo exemplo foi aventado em: QUINTELLA NETO, Luiz Carlos. Princípio da Boa Administração... p. 48.

evidente o desrespeito à eficiência, estando claro que os meios escolhidos não são, nem à distância, os melhores para satisfação da finalidade de manutenção da ordem no tráfego de automóveis nas autoestradas.

O Tribunal, provocado a apreciar o caso, não estará apto a fazer a escolha do meio mais eficiente, mas com facilidade poderá identificar a invalidade do regulamento, devendo declará-la. A ineficiência da conduta específica agride o ordenamento jurídico, merecendo o controle, de forma que o Executivo terá que rever suas escolhas.

No mesmo exemplo de controle da velocidade dos veículos em autoestradas, ilustrar-se uma hipótese na qual uma autoridade administrativa, por meio de decreto, convencionou que a velocidade máxima de trânsito aumentará de 80 km/h (oitenta quilômetros por hora) para 140 km/h (centro e cinquenta quilômetros por hora). O ato é amplamente divulgado e os condutores das autoestradas adequam-se ao novo limite, passando a transitar em velocidades superiores ao limite anterior. Contudo, passado um período de tempo, a questão é levada ao Tribunal competente, pois nota-se que a lei que autorizava a Administração Pública, ao regulamentar a questão, escolhesse o limite máximo de velocidade, respeitando, contudo, o limite de 150 km/h.

Haveria, portanto, no exemplo aventado, um claro desrespeito a legalidade, o qual não autorizaria, entretanto, ao Tribunal realizar a escolha do novo limite de velocidade nas autoestradas do Estado. Cumpriria, portanto, apenas realizar o controle negativo sobre o ato normativo, invalidando-o e oportunizando à Administração Pública a oportunidade de realizar a nova escolha dentro do quanto permitido.

Nota-se, portanto, que o controle jurisdicional negativo incide sobre a conduta da Administração não para substituí-la, para fazer diretamente a escolha, mas para excluir do campo das escolhas aquelas ilegítimas, antijurídicas. Através do controle negativo, o órgão julgador se torna capaz de proteger o estado de direito, tutelando as normas do ordenamento jurídico, sem fazer as vezes de administrador, sem interferir na reserva da função administrativa. Esse é o estilo de controle com melhor aceitação pela doutrina.

7.2.2. Controle Jurisdicional Positivo

O controle jurisdicional positivo é aquele no qual o magistrado não só aponta que a conduta adotada pela Administração Pública é inválida, como também indica qual a conduta válida a ser exercida. O exercício do controle positivo pautado em princípios jurídicos enfrenta algumas dificuldades. A primeira reside no fato de tratarem-se de mandados de otimização, que não possui, portanto, um conteúdo *prima facie*, não encerra um mandato de definição que permita conhecer-se previamente a conduta correta a ser adotada. A dois, porque a postura clássica do Judiciário perante as condutas provenientes do exercício de competências identificadas como discricionárias é de deferência, havendo, ainda, pontuais resistências ao controle, ainda que negativo, quiçá, positivo.

Assim, para que o Estado-juiz possa determinar qual a conduta certa, no caso concreto, do ponto de vista do ordenamento jurídico, ele deve promover a densificação dos princípios pertinentes, para que alcance o seu conteúdo determinante, ou seja, para descobrir qual a decisão administrativa correta que alcance a máxima satisfação do dever de boa administração. Para tanto, deverá avaliar as circunstâncias do caso concreto, o que envolve, minimamente, a solução dos conflitos entre as normas que se relevam diante do caso, a inteligência dos interesses públicos que permeiam a questão e a ponderação destes, a congregação dos conhecimentos técnicos relevantes. Ainda assim, no mais das vezes, mesmo que após uma análise robusta tanto do ponto de vista horizontal – do ponto de vista da quantidade de coisas analisadas –, quanto do vertical – da profundidade das análises realizadas –, o magistrado deparar-se-á com uma zona cinzenta de escolhas fática e juridicamente possíveis, das quais deverá selecionar uma.

Essas avaliações e escolhas são tipicamente da Administração Pública, são avaliações de gestão, e que nem sempre possuem uma única resposta juridicamente correta, se circunscrevendo, portanto, em uma escolha de conveniência e oportunidade. Como visto, são questões que não impossibilitam a existência de um controle jurisdicional intenso, mas que, contudo, poderão impedir o controle positivo. A intromissão da função jurisdicional neste sentido, na maioria das hipóteses, esbarra no mérito administrativo. Para realizar a escolha, o magistrado precisaria fazer-se de administrador, esbarrando-se nos limites da separação do poder, da legitimidade democrática e da necessidade de conhecimentos técnicos acima expostos.

Contudo, não é legítimo, a priori, excluir-se a possibilidade de realização do controle positivo⁵⁹⁰. Muito embora admita-se que o controle negativa seja a regra, devendo-se evitar o juízo substitutivo⁵⁹¹, por vezes, a solução jurídica ao caso concreto poderá apontar para o controle positivo.

Como já sustentado, é possível que a composição dos fatos na circunstância concreta, confrontada com as possibilidades jurídicas, elida as possibilidades de escolhas, de forma que reste apenas uma solução que no caso concreto possa satisfazer a juridicidade. Assim, em alguns casos, será possível comprovar que uma única decisão, diferente daquela adotada pela Administração, seria adequada para a satisfação da finalidade normativa⁵⁹². Nesta situação, a conduta administrativa encontra-se vinculada e como tal deve ser entendida, inclusive para efeitos de controle jurisdicional⁵⁹³. Nessas situações, portanto, é possível ao magistrado, uma vez provocado a realizar o controle, apontar a escolha a ser adotada⁵⁹⁴.

Embora haja uma grande resistência da literatura especializada à realização desse controle, e uma postura excessivamente deferente dos Tribunais de diversos estados às escolhas da Administração Pública, é pertinente notar que a possibilidade do controle positivo não é mera elucubração de uma doutrina minoritária. Em Portugal, o art. 71, nº 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos previne que “quando um ato administrativo é praticado a partir de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido”. A interpretação, a contrário sensu, do dispositivo permite concluir-se que, nas situações nos quais as circunstâncias fáticas permitirem que se chegue a uma única

⁵⁹⁰ Tratando do controle a restrições a direitos fundamentais, mas com lições aplicáveis a todo o controle judicial sobre escolhas dos demais Poderes estatais, Humberto Ávila afirma que cumpre ao Poder Judiciário verificar se o Poder Legislativo ou o Poder Executivo “fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência. Se tudo isso foi feito – mas só nesse caso – a decisão tomada pelo Poder Legislativo é justificável (*vertierbar*) e impede que o Poder Judiciário simplesmente substitua a sua avaliação” (**Teoria dos Princípios...** p. 218).

⁵⁹¹ FREITAS, Juarez. **O Controle...** p. 351-352; MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional...** p. 155-156.

⁵⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle Judicial...** p.12.

⁵⁹³ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgador de. **Direito Administrativo... Tomo I.** p. 204.

⁵⁹⁴ Luiz S. Moncada se mostra completamente contrário a esse posicionamento. A seu entender, os Tribunais poderão, maximamente, cooperar na redução das opções de escolha do administrador para aquelas efetivamente válidas. Contudo, é taxativo ao afirmar que a liberdade nunca é reduzida a zero (**Autoridade e Liberdade...** p. 571).

decisão juridicamente possível, o Tribunal deverá indicar o conteúdo do ato que deverá ser praticado. Na França, quando a matéria da lide é competência da jurisdição ordinária, possui o magistrado plenos poderes para reformar a decisão administrativa e, mesmo, substituí-la por uma própria⁵⁹⁵. Igualmente o Supremo Tribunal Administrativo espanhol acolheu a tese no sentido de que, quando presentes elementos suficientes para configurar o conteúdo da escolha, deverá haver a substituição jurisdicional da decisão administrativa⁵⁹⁶.

A ilustração dessa situação, entretanto, é mais provável em casos de extrema simplicidade, nos quais apenas uma variável seja avaliada. Ou seja, quando as circunstâncias foram todas ideais para a escolha, e apenas um valor se diferencia entre as possíveis decisões da Administração.

É o que se nota, por exemplo, quando há apenas duas opções: sim ou não, autorizar ou proibir, deferir ou indeferir. Imagine-se, por exemplo que, em um determinado estado, um estabelecimento com música ao vivo dependa de licença anual da Administração Pública para exercício de sua atividade, a qual, segundo a norma habilitadora, deverá ser concedida desde que não haja ofensas ao bom costume do seu local de funcionamento. Um determinado estabelecimento, com anos de atuação no mesmo local, com os mesmos horários de funcionamento, ano após ano consegue essa licença para atuação. Em um determinado ano, a função de autoridade com competência para conceder tal licença é ocupada por um fundamentalista religioso que decide negar-lhe a autorização para funcionamento, por promover uma interpretação do conceito indeterminado “bom costume” como os costumes religiosos.

O empresário, confiante de que a licença seria concedida, pois, ao longo dos anos, a interpretação da norma sempre foi realizada de forma que lhe era favorável e, consciente de que as circunstâncias concretas do seu local de funcionamento não haviam mudado, havia realizado vultuosos investimentos de melhoria do seu estabelecimento, vindo a surpreender-se com tal decisão contraditória. O Tribunal que, confrontando a situação, notar que houve no caso uma base de confiança, a confiança legítima do particular, o seu exercício por este e a sua quebra pela autoridade pública, poderá determinar a nulidade da decisão denegatória, por

⁵⁹⁵ JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial...** p. 656

⁵⁹⁶ Germana de Oliveira Moraes assim expõe, analisado a decisão STS de 1º de dezembro de 1993 (**Controle Jurisdicional...** p. 157).

violação do princípio da proteção da confiança, e condenar a Administração a, em controle positivo, praticar ato substitutivo concedendo a licença.

É possível, ainda, ventilar-se a possibilidade de controle por variação de um único valor na aplicação dos critérios de eficiência, notadamente, quando, ao fim da densificação do conteúdo do princípio ao caso concreto, apenas seja necessário ponderar-se celeridade com celeridade, economicidade com economicidade, através de valorização objetiva dos meios disponíveis.

Um exemplo pode ser imaginado. Precisando comprar um determinado remédio para atendimento de uma necessidade urgente e excepcional, a Administração Pública faz o levantamento de seus fornecedores e a cotação do preço. Depara-se que há, no Estado, apenas dois laboratórios que fabricam a droga, e ambos se encontram à mesma distância do centro de distribuição pública do remédio, usam a mesma fórmula, possuem capacidade para fazerem sozinhos frente à demanda, existindo, enfim, apenas a diferença no preço prática. Se, mesmo ciente dessa situação, a Administração realiza a compra com a farmácia que fornece o produto com preço maior, poderia o magistrado anular a conduta e determinar a compra com o outro fornecedor, por respeito ao princípio da eficiência na faceta economicidade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o tema ainda sustente muitos pontos que merecem análise de discussão e a própria evolução da sociedade e do Direito esteja constantemente a trazer novos questionamentos e desafios para o intérprete e aplicador do Direito Administrativo, pode-se fornecer alguma síntese conclusiva sobre a Administração Pública de resultados.

1. O primeiro capítulo parte do pressuposto de que, para melhor compreensão da Administração Pública e do Direito Administrativo atual, importante era compreender a evolução histórica que a antecede. Assim, possível foi notar que a gestão estatal passa por diversas reformas, mormente a partir da história moderna. Com análise mais profunda a partir do surgimento do Estados-Nações monarquistas na Europa, marcado pelo patrimonialismo, demonstrou-se que tal período é marcado por uma gestão pública personalista, na qual a autoridade maior possui uma relação de domínio com o Estado. Os resultados da administração estatal no período são de pouca importância, pois, o que realmente importava era a satisfação do Monarca.

As monarquias acabam por ser derrubadas pelas revoluções burguesas, que buscam a realização de seus ideais a partir do liberalismo. Para tanto, realizam uma separação radical entre o Estado e a sociedade, vindo a implantar os primeiros Tribunais Administrativos e, como fruto de seus trabalhos, o Direito Administrativo, inaugurando-se a formação de uma disciplina jurídica a fim de controlar a atuação estatal. A finalidade precípua das reformas ocorridas nesse momento história é a de limitar a atuação pública, para que o Estado interfira o mínimo possível na liberdade individual e na propriedade privada. A Administração Pública desse período, como observado, fica marcada pela burocracia, visando ao primado da lei e à racionalizada da gestão estatal.

Contudo, o modelo de Estado burguês vem a deparar-se com falhas mercadológicas e sociais do liberalismo, vindo a exigir que o Poder Público retome intervenções em domínios particulares. Tais intervenções vão se tornando cada vez mais rotineiras e profundas, a exigir uma reavaliação dos fins da atuação pública e das relações entre o Estado e a sociedade. A Administração Pública passa a assumir para si um volume expressivo de funções, com a finalidade de garantir um mínimo de bem-estar aos cidadãos.

O crescimento vultuoso do Estado vem a revelar as disfunções e deficiência da burocracia, que, na tentativa de racionalizar a Administração, fortificando os procedimentos e as formalidades, acaba por torna-la ineficiente, inapta a produzir resultados de forma satisfatória, morosa, improdutiva, desconectada da sociedade. Tal cenário se torna ainda mais grave com à medida que o Estado contemporâneo vai revelando a sua complexidade.

Tal diálogo entre os diferentes períodos históricos estudados demonstra, a partir da sucessão entre os modelos de gestão estatal, que a Administração Pública vai se profissionalizando, se racionalizando, se ampliando em tamanho e em misteres, vindo a necessitar, entretanto, tornar-se eficiente e mais democrática, apta a produzir bons resultados e a reconectar-se com o cidadão.

Sobre o Estado contemporâneo, a primeira conclusão extraída é que esse ainda se define, possuindo uma complexidade de referências, de tarefas a realizar e de interesses a satisfazer. Contudo, é possível extrair-se algo como certo, a necessidade de reformar-se a Administração Pública – e o Direito Administrativo – para torna-la apta a alcançar os resultados que prossegue, corrigindo os excessos da burocracia e dando espaço à flexibilidade, à diversidade, à iniciativa, à autonomia.

Assim inicia-se a reforma gerencialista da Administração Pública, possuindo como pauta valores como eficiência, eficácia, celeridade, simplicidade, produtividade, aproximação do cidadão, economicidade, transparência. Não só em países de tradição de Direito Administrativo como a francesa, mas também em países de *common law*, o modelo gerencial vem a despontar, com um certo núcleo comum de características.

Notou-se que uma outra faceta vem a despontar dessa nova Administração, que vem a buscar a implantação de um modelo dialógico, participativo societal, participando o cidadão da administra da coisa pública. Compreendeu-se tal característica como integrante da reforma gerencialista, vindo a contribuir com seus objetivos de aumentar a eficiência dos órgãos e entidades estatais e assegurar o caráter democrático da Administração Pública.

Os resultados parciais desse capítulo apontaram, enfim, para a formação de uma Administração Pública de resultados, em detrimento da vetusta formação autoritária, autorreferenciada e ineficiente, que é objeto do presente estudo.

2. A partir do pressuposto de que para satisfação das características principais da Administração Pública é necessário a revisão de sua forma de atuar, a fim de torna-la mais flexível para melhor adequação ao alcance dos fins, o segundo capítulo tratou do procedimento administrativo. Para melhor compreender a temática realizou-se uma revisão da compreensão do princípio da legalidade.

Constatou-se que a legalidade é uma conquista do Estado de Direito, que, influenciado pelo liberalismo, busca a submissão do Estado à lei, para garantir a segurança à propriedade e à individualidade necessária ao desenvolvimento do capital. Assim, submetendo a atividade estatal ao texto racional da lei, garantia-se que a vontade da autoridade pública não influenciaria em interferências públicas na vida privada.

O estudo apurou que, à época, a regra legal era um verdadeiro objeto de fetiche, possuindo um *status* quase divino, sendo-lhe atribuída força ilimitada e poucos condicionamentos. Contudo, contraditoriamente, o princípio ainda possuía uma formulação negativa, de forma que a Administração poderia fazer tudo, menos aquilo que fosse proibido pela lei. Em tudo que não houvesse regra a lhe vincular, poderia a Administração agir de forma livre, imune de controle jurisdicional.

Tal paradoxo, como se houve de constatar, resultou numa intensificação da atividade legislativa e especialização da matéria legislada, a fim de tolher qualquer liberdade da autoridade administrativa.

A primeira importante evolução do conceito de legalidade que veio a se constatar ocorre na ascensão dos Estados sociais, com a ampliação da intervenção estatal nos domínios particulares e crescimento do próprio Estado. É nesse período que o princípio passa a assumir o papel também de fundamento, habilitação ao agir administrativo. Assume-se as feições atuais, segunda as quais a Administração Pública somente poderá fazer aquilo autorizado pela lei.

Contudo, ao mesmo passo que a legalidade se fortalece, enfraquecem-se os mitos em torno da lei. A investigação levantou, entre os motivos do acontecimento de tal fenômeno, a assunção de poderes normativos pelo Poder Executivo, o engessamento promovido pela formalidade que permeia a atividade legislativa, a crise de representativa das decisões legislativas e a inflação legislativa.

O que se depreende da análise é que a lei possui uma imperfeição intrínseca, que lhe impõe limites. Num contexto em que é dever do Estado prosseguir o bem-estar social, é necessário que seu agir seja preciso, rápido, eficaz, de forma que a

satisfação das demandas da sociedade passa a escapar das capacidades do Legislativo, ganhando relevo a atividade concreta da Administração.

Constata-se que a realidade se impõe sobre os ideais legalistas, demonstrando sua fragilidade e vindo a exigir a concessão de espaços decisórios para que a Administração possa adequar seu procedimento à melhor satisfação das necessidades públicas, sobretudo diante da complexização da sociedade típica dos dias atuais.

Alcança-se, pois, um ponto essencial das reformas em torno da Administração Pública de resultados: a concessão de maior liberdade decisória ao administrador. As normas vão se tornando progressivamente menos determinativas, voltada mais a objetivos e resultados, a permitir a densificação de seu comando pela Administração, em busca das melhores soluções para atendimento do interesse público concreto.

Defendeu-se, outrossim, a necessidade de manter-se um núcleo essencial da matéria jurídica relevante versada normativamente na própria lei. Mantendo-se para si o tratamento das matérias mais importantes, o Legislador garante padrões mínimos de segurança jurídica, proteção do cidadão e previsibilidade da atuação estatal, bem como a possibilidade de controle do Estado quando desviar desses padrões. Em última instância, evita que o proceder administrativo afaste-se dos resultados normativamente buscados. A manutenção do núcleo de essencialidade, conforme posto, deverá ocorrer em uma medida ideal, que garanta as finalidades ainda relevantes do princípio da legalidade e, ao mesmo tempo, permita margens apreciativas para a efetivação dos misteres da Administração Pública de resultados.

O panorama encontrado revelou a necessidade de uma nova reconstrução do conceito de legalidade, o qual se intensifica sobretudo diante do advento do Estado Democrático de Direito, no qual o direito se constitucionaliza e os princípios são normatizados. Desse panorama, concluir-se que mais do que vinculado a regras formais, mas ao Direito como um todo, a partir de um “bloco de legalidade”, abarcando a Constituição, as normas de direito internacional, os princípios, os negócios jurídicos e os atos constitutivos de direito.

Para tal legalidade ampla, adotou-se, como em alguns expoentes doutrinários, o termo “juridicidade”, para representar um conceito atualizado da legalidade, veiculando uma ideia de vinculação ao Direito não exclusivamente legal,

mas a todo ordenamento jurídica, princípios e regras, a partir do sistema normativo delineado pela Constituição.

Como fechamento desse ponto, o que se houve de notar foi que, embora de forma aparentemente paradoxal, ao mesmo que passo que se aumenta a margem de autonomia decisória da Administração Pública, aumenta-se a amplitude de normas a lhe vincular.

3. Delineados os aspectos da vinculação da Administração Pública, tratou-se de investigar as liberdades procedimentais que lhe assistem. Inicia-se tal análise a partir da revisão do conceito de discricionariedade.

Notou-se que a discricionariedade administrativa, apesar de ser compreendida no início da idade moderna como uma imperfeição sistêmica, sempre foi algo útil e necessário. Não apenas convém que a Administração, que com mais intensidade conecta-se à realidade, possua margem decisória para atender às necessidades concretas, como é impossível ao Legislador, de maneira abstrata e apriorística tudo predetermine por regras.

Assim, a concessão, não só de discricionariedade, mas de todos os meios de liberdade procedimental é necessária, sobretudo na Administração de resultados, para que possa tornar os comandos normativos – aqui, mais voltados às eleições de fins – eficazes, com a escolha dos melhores meios para tanto.

Para desconstrução, portanto, da compreensão da discricionariedade como uma imperfeição sistêmica, logrou-se configurá-la como uma função e, como tal, voltada à tutela do interesse público. Assim, a chancela normativa de espaços decisórios constitui, antes de tudo, uma permissão para a adequação do procedimento para o cumprimento dos misteres finalísticos que foram assinalados.

Firmou-se que na Administração Pública de resultados, na forma já concluída anteriormente, por mais que venha o Legislador a conceder liberdade ao administrador, sempre será necessário que a sua escolha esteja conforme à juridicidade e atendendo a finalidades sistêmicas. Assim, tomar-se posição pelo reconhecimento de inexistência de uma divisão estanque entre vinculação e discricionariedade, optando-se, outrossim, por identificação de graus de vinculação. Propôs-se, portanto, tal graduação, na qual haverá uma vinculação rígida, quando o proceder for pautado por regras, e, no outro extremo, uma vinculação flexível, subordinada a princípios.

Defendeu-se, outrossim, a possibilidade de que a medida satisfatória dos deveres finalísticos da Administração Pública se reduza, na particularidade da situação prática, a apenas uma, extinguindo-se a liberdade abstratamente concedida. Em tais situação, tal medida será a única apta a ser adotada, vinculando o agente público.

Entre as posições contrárias, segundo as quais a liberdade concedida pelo Legislador deve sempre persistir, e as que consideram que em quaisquer circunstâncias a escolha correta num caso concreto será apenas uma, optou-se por um entendimento intermediário, crendo-se na impossibilidade de estabelecimento apriorístico do que ocorrerá na prática. Acredita-se que, em regra, certa margem de liberdade sempre existirá, mas não se ignora a possibilidade de que, diante do caso concreto, a decisão legítima se reduza a uma.

Feitas tais considerações, tratou-se de realizar um estudo sobre o mérito do ato administrativo, compreendido como o campo de liberdade que há na norma habilitadora para que a Administração Pública realize escolha entre duas ou mais soluções juridicamente válidas. Embora haja a possibilidade de, com a ampliação do âmbito de vinculação jurídica do procedimento administrativo, concluir-se pela vinculação do mérito e possibilidade de controlá-lo jurisdicionalmente, optou-se por, a fim de evitar confusões conceituais, manter-se o mérito como o núcleo de escolha administrativa assente de vínculos jurídicos e, portanto, impassível de controle pelo Judiciário. O mérito do ato administrativo continua, portanto, a existir, embora com um espaço reduzido, posto que as vinculações da juridicidade diminuem as possibilidades de escolhas válidas.

Tratadas as temáticas acima, realizou-se estudos sobre os conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, daqueles termos adotados pelo Legislador que, por sua vagueza, acabam por conceder liberdade decisória à Administração. Notou-se que a indeterminação da norma é um atributo a permitir sua adequação ao caso concreto, bem como sua atualização ao tempo e local de aplicação.

A compreensão firmada foi de que a indeterminação, entretanto, é apenas parcial, de forma que haveria nesses conceitos uma zona de certeza, no qual há noção clara de seu conteúdo, seja ela uma certeza positiva – de que a situação se enquadra ao conceito normativo – ou negativa – de que não há o enquadramento. Entre tais núcleos, existe o núcleo de indefinição, na qual ocorrerá, de fato, a

autonomia do aplicador da norma. A densificação do conceito deverá se realizar com observância do contexto e da juridicidade.

Notou-se que há os que defendem que a indeterminação conceitual da norma sempre se tornará determinável diante do caso concreto, de forma que só haverá uma solução válida. Alguns outros tentam classifica-los a fim de determinar em quais casos haverá liberdade e nos quais não haverá. O posicionamento adotado, entretanto, mantendo a linha de rejeição a definições apriorísticas, foi no sentido de que somente a análise normativa, caso-a-caso, definirá se haverá de fato uma margem apreciativa ou não para a Administração.

Com o fito de finalizar tal ponto dedicado à liberdade administrativa, dedicou-se à análise do dever de motivação, identificada como uma tendência dos Estados Democráticos de Direito, o qual se intensifica nos procedimentos de vinculação mais branda, devendo a Administração motivar a escolha realizada. Defendeu-se que somente a partir de uma explanação clara da decisão administrativa adotada, abarcando sua fundamentação jurídica, os resultados buscados e os meios adotados é que será possível atestar sua conformidade com a juridicidade. Por assim ser, ainda que sua aplicabilidade possa variar de um ordenamento para o outro, o dever de motivação figura como norma geral da Administração Pública de Resultados.

Como exceção a tal dever geral, em homenagem à eficiência e à celeridade também buscados pelo novo modelo de gestão público, poderá ser dispensada a motivação de atos administrativos que não interfiram na esfera jurídica de terceiros. Contudo, haverá um dever da Administração de demonstrar os fundamentos de sua escolha sempre que requerido.

4. O estudo não pôde se furtar de investigar princípios orientadores da Administração Pública de resultados. Por um lado, porque apontando-se a existência de uma reforma no Direito Administrativo, imperioso se fez investigar as bases dessa reforma. Por outro, porque, se se concluiu que a nova Administração se firma em um ambiente normativo com maior liberdade decisória para o gestor, mas que tal liberdade está sempre vinculada, minimamente, por princípios, não se poderia seguir sem se tecer comentários sobre tais normas.

Adotou-se a compreensão dos princípios como mandados de otimização, os quais visam à realização máxima de seu conteúdo, de acordo com as condições

fáticas e jurídicas do caso concreto. Tratam-se de normas possuidoras de uma deontologia teleológica e com acentuada generalidade, que permite a atualização do sistema jurídico, de forma que sua relevância se potencializa na realidade de uma Administração Pública de Resultados.

Seguindo à análise individualizada dos princípios orientadores da nova Administração revelados pela investigação realizada, com especial destaque, dedicou-se espaço ao princípio da eficiência. O princípio concretiza no sistema jurídico o compromisso de uma reforma que busca a desburocratização e atualização da Administração Pública. Assim, embora haja algumas frentes relutantes à compreensão da eficiência como princípio jurídico, defendeu-se a importância de uma juridicização.

Notou-se que o princípio, enquanto norma de tal natureza, impunha um fim à Administração, o qual, entretanto, não é um fim em si mesmo, mas um imperativo de melhora comportamental e operacional da Administração. Possui, portanto, um caráter instrumental, que visa a impor ao gestor a um alcance eficiente dos resultados que lhe cumpre alcançar.

A maior autonomia concedida à Administração Pública de resultados deve ser orientada para a satisfação dos interesses públicos, havendo uma forte relação entre o atendimento de um interesse e a idoneidade dos meios adotados para tanto.

Houve de se firmar, portanto, que o princípio jurídico da eficiência administrativa impõe um aperfeiçoamento da gestão pública, por uma otimização dos meios e recursos utilizados, com vistas à realização satisfatória das finalidades públicas, com menores ônus possíveis, quer seja para o Estado, quer seja para o cidadão.

6. Em sequência ao estudo dos princípios orientadores, empreendeu-se estudos sobre o princípio da prossecução do interesse público, o qual, embora não represente novidade no Direito Administrativo, merece revisão num modelo de Administração que se volta a resultados, dentre os quais, a potencialização da democracia.

A investigação revelou que na gênese do Direito Administrativo, o princípio possuía um condão contraditório de legitimar condutas autoritárias, que não representavam as posições subjetivas dos administrados, legitimando a manutenção de condutas arbitrárias e opressoras. Assim, embora não se tenha deixado de

reconhecer que fora a partir da criação de um direito especialmente voltada para as relações da Administração Pública que foram dados os primeiros passos à sua democratização, não se deixou de identificar o caráter excludente presente em sua origem.

Para a reformulação do conteúdo jurídico do princípio na realidade atual, considerou-se por necessário analisá-lo a partir de dois pontos: primeiro, a necessidade de se considerar a posição jurídica individual, e, segundo, a acentuada pluralidade da sociedade atual. Diante, pois, da necessidade de, na prossecução do interesse público, comportar-se a defesa de direitos fundamentais e dos diversos interesses de uma sociedade complexa, concluiu-se pela conveniência de utilizar-se a proporcionalidade como ferramenta capaz de orientar o administrador na definição do interesse público do caso concreto.

Assim, compreendeu-se pela necessidade de ponderar-se os interesses eventualmente conflitantes no caso concreto, com análise do sistema jurídico e da situação fática, a fim de que a decisão a ser adotada será aquela necessária à satisfação da finalidade pública, em sua devida proporção, com o menor sacrifício possível dos interesses envolvidos, inclusive os estatais.

Em um segundo momento, fora estudado o princípio da proteção da confiança, o qual se volta à proteção, em favor do administrado, da estabilidade, protegendo-o de condutas inesperadas. O princípio possui especial relevância na realidade dinâmica e plural da atualidade, permeado de constantes mudanças e o particular cada vez mais se relaciona com o Poder Público.

Defendeu-se que a proteção da confiança é devida mesmo em ordenamentos que não o positivam, por possuir base em uma série de valores constitucionais do Estado Democrático de direito, como a estabilidade, a autonomia e a segurança jurídica e a boa-fé. Pelo princípio, tutela-se as expectativas dos administrados, que, com base em comportamentos anteriores da Administração, criaram uma crença legítima sobre como viria a ser suas condutas atuais e futuras.

Percebendo um esforço doutrinário e pretoriano de sistematizar critérios para a aplicação da tutela da confiança, a pesquisa revelou um núcleo de condições de aplicabilidade comumente nomeados, quais sejam: 1) base da confiança; 2) confiança; 3) exercício da confiança e 4) frustração da confiança.

A base da confiança, tida como a atuação administrativa prévia apta a gerar uma confiança no administrado, foi encarada de forma ampla, persistindo-se no

posicionamento avesso a enumerações apriorísticas e hipotético, não se coadunou com tentativas de enumerações das condutas que estariam aptas a gerar expectativas legítimas ou não. Houve-se de defender inclusive que mesmo atos inválidos poderiam gerar confiança em particulares, ressalvando-se, entretanto, que, quanto mais grave a invalidade, no caso concreto, maior deverá ser a confiança para que esta seja tutelada.

A confiança, por sua vez, se apresenta pela situação subjetiva do administrado, que, ciente da base da confiança, tem expectativa em sua manutenção. A necessidade do conhecimento, como se defendeu, não pode ser confundida com a necessidade de publicação, sob pena de excluir-se um plexo de condutas da Administração do universo sob tutela do princípio da proteção da confiança, como, por exemplo, as promessas verbais e as condutas omissivas. A mais, firmou-se que a confiança deve ser razoável, não sendo possível proteger-se expectativas impossíveis, inexecutáveis, ilusórias ou ingênuas.

O terceiro elemento, o exercício da confiança, foi analisado de forma mais crítica. O elemento poderá ser útil para averiguação de responsabilidade civil, ou ainda para contribuir na dimensão de peso assumida pelo princípio, no caso concreto, mas não poderá ser condição à proteção da confiança em si, por haver risco de que ocorram injustiças.

Por fim, a fim de que seja possível tutelar-se juridicamente a confiança, é necessário que a confiança do administrado seja frustrada pela Administração, pela adoção de um comportamento contrário com aquele anteriormente adotado.

O último princípio ao qual se atribuiu o *status* de orientador da Administração Pública de resultados foi o da participação, o qual propõe a otimização da participação do administrado na Administração, aperfeiçoando a democracia na gestão estatal. Trata-se de princípio vital na sociedade complexa e plural da atualidade, a cooperar na conformação dos múltiplos interesses públicos existentes. Permite-se, assim, que novas demandas alcancem a pauta administrativa, atualizando a esfera pública e atenuando as exclusões ainda existentes na democracia.

Constatou-se a afinidade da participação com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que contribui para a transparência da Administração e sua abertura aos particulares, que são convidados a contribuir com a realização do bem comum. Permite-se, ainda, a soma de recursos diversificados,

gerando uma cogestão dos interesses públicos, influenciando positivamente na qualidade das decisões administrativas.

A melhora das decisões ainda contribui, ao menos potencialmente, com a diminuição da conflitualidade existente na relação entre Administração e administrado, uma vez que produz consensos. Contribui, assim, ainda, com a efficientização da Administração Pública, de forma que não há uma necessária incompatibilidade entre os princípios, como prematuramente pode-se imaginar.

A fim de promover o fechamento do tópico, refutou-se as críticas que, por vezes, se encontra na doutrina à participação. A falta de informação que existe na sociedade não pode ser encarada como uma barreira intransponível à efetivação de uma Administração, sendo, em verdade, um dever dos atores públicos e privados, em uma sociedade democrática, informar o cidadão e tornar os assuntos sociais inteligíveis. Cumpre à Administração Pública de resultados não só dispor de instrumentos que permitam a participação, mas preparar o cidadão a participar. A democratização se faz por um processo de constante aprendizado, não podendo os desafios e os riscos de subversão do sistema participativo serem encarados como impeditivos de sua concretização.

6. O último tópico do estudo dedicou-se ao controle jurisdicional desta nova Administração, sobre pontos de necessária análise após as mudanças verificadas na gestão estatal. O foco, em decorrência de sua maior complexidade, foi no controle, pelo Estado juiz, do exercício, pela Administração Pública, de liberdades, mormente quando da concretização de princípios não danificados em regras pelo Legislador.

Primeiramente, logrou-se observar questões acerca da intensidade desse controle, a partir de análises dogmática, ou seja, sem necessariamente analisar-se pormenores de um ou outro ordenamento jurídico. A pesquisa encontrou três pontos problemáticos normalmente levantados pela doutrina e pelos Tribunais: 1) separação dos poderes; 2) legitimidade democrática; e 3) conhecimento técnico.

A separação de poderes, conforme visto, é comumente invocada como argumento a favor de um controle jurisdicional restrito da Administração Pública. A partir de tal entendimento, o conhecimento judicial de matéria para além da conformidade a regras seria uma ingerência sobre as atividades administrativa, o que resultaria em desequilíbrio entre os três poderes. Houve de se refutar tal

entendimento, o qual, conforme compreendeu-se, decorre de uma análise superficial da separação das funções estatais.

Adotando-se um posicionamento mais progressista, foi defendido que é próprio da harmonia entre os poderes estatais o controle amplo do Judiciário sobre a Administração, a fim de que haja proteção dos direitos e interesses dos administrados contra abusos administrativos. Se no cenário atual concede-se maior autonomia à Administração, é necessário que se intensifique também o controle sobre essa atividade, para evitar a perpetuação de condutas arbitrárias. Assim, apenas haverá ingerência se o magistrado ultrapassar os limites da juridicidade, imiscuindo-se no plexo de escolhas legítimas da Administração Pública.

Aqueles que apresentam preocupação com a legitimidade democrática, por sua vez, questionam sobre a possibilidade de magistrados, não possuidores de mandato eletivo, apreciarem aspectos relativos ao interesse público. A competência para resolução de conflito, entretanto, provém do próprio ordenamento jurídico, cumprindo-lhes proteger a juridicidade. A própria ordem democrática exigirá do Judiciário o exercício de controle quando as atividades administrativas se afastarem dos limites do ordenamento jurídico, inclusive por desrespeito às normas princípios.

A terceira possível barreira ao controle jurisdicional amplo seria a falta de conhecimentos técnicos para o exercício desse controle. A questão merece ser, de fato, encarada, embora não se entenda que deva ser compreendida como impeditivo do exercício do controle. A superação da falta de conhecimento técnico poderá ser superada através do aparelhamento do Judiciário, por reformas institucionais, que o preparem para tanto. Isso poderá ocorrer pela formação de equipes técnicas, pela permissão de consultas a peritos, pela institucionalização do *amicus curiae*.

Assim, acima de tudo, o controle deverá ser adequado, pautado pela juridicidade. A sua intensificação se torna necessária para se harmonizar aos maiores espaços decisórios da Administração Pública de resultados, mas não deverá extrapolar os limites do ordenamento e deverá sempre se atentar às suas consequências.

Vencidas as questões acima, passou-se a análise do controle realizado por princípios, através do qual se analisa se as escolhas promovidas pela Administração estão aptas a satisfazer as finalidades do ordenamento. Tal controle poderá ocorrer de duas formas: uma, negativa, a partir do qual o magistrado se limita a declarar a invalidade da conduta que desrespeito o princípio; e de outra, positiva, no qual o

magistrado para além de reconhecer a invalidade, indica qual a conduta correta a ser adotada.

O controle negativo, que se limita a invalidar a escolha administrativa, deixa à própria Administração a tarefa de realizar uma nova escolha. Remanesce intocável o mérito administrativo. Trata-se de forma de controle que, com mais facilidade, é aceito pela literatura especializada, embora ainda sofra resistência por posicionamentos tradicionalistas que persistem no sentido de que o controle apenas seria possível com base em regras.

O controle jurisdicional positivo, pautado em princípios, por sua vez, por indicar a conduta a ser aplicada na prática, enfrenta dificuldades. A um porque essas normas apenas possuem um conteúdo *prima facie*, não sendo possível conhecer-se previamente a conduta correta a ser adotada. A dois pela já tradicional postura deferente que comumente se encontra no Judiciário perante o exercício de liberdades pela Administração, o qual se torna ainda mais comum diante de um possível controle positivo.

A densificação de princípios jurídicos, como visto, para alcance de seu conteúdo concreto, envolverá diversas análises jurídicas e fáticas, avaliações técnicas e atribuição de valores que comumente cabem à Administração. A resposta dessa densificação, ainda, no mais das vezes, não revelará apenas uma resposta, existindo, em regra, mais de uma decisão legítima a ser adotada. Contudo, conforme visto, é possível que as circunstâncias do caso concreto revelem uma única solução apta a satisfazer a juridicidade. Em tais casos, como se houve de defender, a competência a ser exercida pela Administração será vinculada, sendo possível ao magistrado, sem cometer ingerências na esfera administrativa, indicar a escolha a ser adotada. Tal controle, aliás, como demonstrado, encontra-se reconhecido em ordenamentos como o português e é exercido, ainda, em países como a França e Espanha.

Assim, embora excepcionalmente, acredita-se na possibilidade de um controle jurisdicional positivo, que indique a conduta específica que deverá substituir aquela inválida anteriormente adotada pela Administração.

7. Com os contributos acima realizados e as conclusões aqui realizadas, não se intentou esgotar a configuração da Administração Pública atual, à qual se

denominou “de resultados”, senão realizar um contributo ao seu estudo, a partir da sistematização dos pontos que se considerou relevantes.

O que, entretanto, pretendia ser o estudo sobre uma Administração Pública e um Direito Administrativo em reforma, que se inventava, poderá ter sido um estudo de um modelo em extinção. Sobretudo nos anos que sucederam o início da pesquisa que resultou no presente trabalho novas mudanças aconteceram no mundo, a partir de uma reformulação dos anseios sociais que se mostram cada vez mais extremistas, individualistas. Tal fenômeno se revela, sobretudo, a partir do crescimento da eleição de políticos ditos de “extrema direita”, um fenômeno que na América se concretiza com a eleição dos presidentes Donald Trump (Estados Unidos) e Jair Bolsonaro (Brasil) e que também se mostra crescente na Europa.

Há, em escala global, e de forma crescente, a eleição de representantes políticos de um posicionamento excessivamente tradicionalista e majoritarista, na contramão da tolerância e inclusão social que eram tendência no início do século XXI. Tem-se tendencialmente se reaproximado dos ideais liberais, buscando-se diminuir a intensidade das intervenções estatais nos planos sociais, econômicos e culturais, reduzir as políticas e normas protetivas das parcelas sociais tido como hipossuficientes. Ao mesmo tempo, reaproxima-se a política de valores religiosos, sob um pretexto de proteção da família tradicional, dos “bons costumes” e de uma compreensão vetusta de moralidade.

No Brasil, país de origem desse pesquisador, nota-se uma tendência a retorno de normas mais burocráticas a reger a atividade administrativa, como as que controlam a disposição dos recursos público e as que regem contratações públicas. Nota-se, ainda, na contramão da participação aqui defendida, a diminuição de conselhos da sociedade público a participar da atividade do Poder Público. Ao mesmo tempo, são diminuídos os investimentos na promoção de direitos sociais como a saúde e educação, do apoio à cultura e a aposta num estado mais voltado à segurança e defesa.

Evitar-se-á a promoção de juízos de valor, devendo-se, entretanto, pontuar que tal movimento, poderá significar o fim da Administração Pública de resultados, como aqui apresentada, e um início a uma nova Administração, cabendo aos pesquisadores observá-la e compreendê-la.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Mário Aroso de. Nota de Apresentação ao Novo Código do Procedimento Administrativo. *In*: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (coord.). **Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo**. 2.ed. Lisboa: AAFDL, 2015.

ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo: O Novo Regime do Código de Procedimento Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo - Vol. II**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fev/mar/abr, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>.

ARAGÃO, Alexandre. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 225, jul/set 2001.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

AYALA, Bernardo Diniz. **O (défice de) Controle Judicial da Margem de Libre Decisão Administrativa**. Lisboa: Lex, 1995.

BACELLAR FILHO, Felipe. Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: uma Perspectiva de Direito Comparado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 211, 65-77, jan./mar., 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014 (3ª reimpressão).

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da Eficiência do Gasto Orçamentário**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

BORGES, Alice Gonzales. Inovações nas Licitações e seus Aspectos Constitucionais. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público, nº 1, set/out/nov., 2007. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>>.

CAIDEN, Gerald E. What Really is Maladministration?. **Public Administration Review**. Washington, vol. 51, n. 6, p. 486 – 492, nov/dez 1991.

CALMON, Miguel. **Constitucionalismo Dirigente e Pós Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 1993.

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

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4. Ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1990.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. O dever de motivar e o controle da Administração Pública. **Revista do Curso de Direito**, Nova Lima, v. 4, p. 414-453, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os Grandes Princípios do Direito Público: Constitucional e Administrativo**. Tradução de Marly Peres. São Paulos: Contracorrente, 2017.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAUPERS, João. O Controle Jurisdicional da Administração Pública nos Estados Lusófonos, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, vol. 789, jun, 2001.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. **O Dever de Motivar os Atos Administrativos como Princípio Implícito na Constituição Federal**. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Pernambuco, 2004.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. Public Adminstration in Statist France. *in*: OTENYO, Eric E.; LIND, Nancy S (editores). **Research in Public Analysis and Management**. Volume 15. Pubblic Administration: Comparative Public Administration, The Essenstial Readings. Amsterdã: Elsevier, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Trad. Antonio Araldo Ferras Dal Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CRISAFFULLI, Vezio. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DENHARDT, Janet Vinzant; DENHARDT, Robert B.. **The New Public Service**. New York: M. E. Sharpe, 2007.

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

DI PIETRO, Matia Sylvia Zanella. Participação da comunidade em órgãos da Administração Pública. **Revista de Direito Sanitário**, vol. I, n. 1, Novembro de 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. 01**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRARHDT, Rogério Guilherme Soares. **Interesse Público, legalidade e mérito**. Coimbra: Coimbra, 1955.

EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n.º 56. Rio de Janeiro: FGV, 1959.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo 1**. 5.ed. Madrid: Civitas, 1991

ESTORNINHO, Maria João. A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo – Volumen I (Parte General)**. 9.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael (Org.). **Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 16; ALCÁZAR, Mariano Baena. **Curso de Ciencia de la Admistración**. Madri: Tecnos, 1985.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa do Administrado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 165, jul/set 1986.

FONTES, Ana Lúcia Berbet de. Capítulo I: Das Disposições Preliminares (Arts. 1º a 3º) In. ATTINÁ, Cláudia Magalhães Guerra (Coord.). Comentários à Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia: Lei nº 12.209 de 20 de abril de 2011. Salvador: Procuradoria Geral do Estado, 2013.

FRANÇA, Phillip Gil. A Adequada Tutela Jurisdicional no Controle da Administração Pública. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **O processo Civil entre a Técnica e a Tutela dos Direitos**: Estudos em Homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da Administração Pública**: Combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2014.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: O Estado e a Sociedade Civil para Além do Bem e do Mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

GASPARE, Giuseppe di. **Il Potere nel Diritto Pubblico**. Padova: Cedam, 1992.

GIANINNI, Massimo Severo. **Il Pubblico Potere: Stati, e Amministrazioni Pubbliche**. Bolonha: Il Milino, 1986. p. 56 *apud* FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael (Org.). **Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1981.

GOMES, Carla Amago. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Lisboa, 2007.

GONÇALVES, José Renato. Estado Burocrático e Estado Transparente: Modelos de Tutela do Princípio da Transparência. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, Studia Iuridica 92, Ad Honorem 3. Coimbra: Coimbra, 2006.

GONÇALVES, Pedro. **Regulação, Eletricidade e Telecomunicações**. Coimbra: Coimbra, 2008.

GRAU, Eros. Nota sobre a Distinção entre Obrigação, Dever e Ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 77, p. 177-183, 1982.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e O Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

GRAU, Nuria Gunill. **Repensando o Público Através da Sociedade: Novas Formas de Gestão Pública e Representação Social**. Brasília: Revan, 1998.

GRAY, Andrew. JENKINS, Bill. From Public Administration to Public Management: Reassessing a Revolution?. *in: OTENYO, Eric E.; LIND, Nancy S (editores). Research in Public Analysis and Management*. Volume 15. Public Administration: Comparative Public Administration, The Essential Readings. Amsterdã: Elsevier, 2006.

GOMES, João Salis. Interesse público, controle democrático do Estado e cidadania. *In: MADUREIRA, César; ASENSIO, Maria (orgs.). **Handbook de administração pública***. Lisboa: Ina, 2013.

GUEDES, Éllida Neiva. Espaço Público Contemporâneo: Pluralidade de Vozes e Interesses. **Biblioteca Online de Ciências da Comunicação (BOCC)**, v. 1, 2010.

HAURIOU, Maurice. **Princípios de Derecho Público y Constitucional**. Trad. Carlos Ruiz Del Castillo. Madrid: Reus, 1927

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade Vol. II**. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARGER, Marcelo. Reflexões Iniciais sobre o Princípio da Eficiência. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, p. 802-809, dez. 1999. Disponível em: <http://www.ndj.com.br/pesquisa_2011/geicIC_FRM_0000.aspx?id1012=22167&idO=1001>.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOOD, Christopher. Administrative Diseases: Some Types of Dysfunctionality in Administration. **Public Administration**. Hoboken, vol. 52, n. 4, p. 439 – 454, dec. 1974.

HUMBERT, Georges. **Aumento da tarifa de luz: ilegalidade**. 24 jul. 2015. s.n.t. Disponível em: <<http://georghumbert.jusbrasil.com.br/artigos/196037192/aumento-da-tarifa-de-luz-ilegalidade>>.

JORDÃO, Eduardo. Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A experiência estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Melheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre o “Processo Administrativo Fiscal”. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 33, p. 108-132, 1998.

KRELL, Andreas J, **Discricionariade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: Limites de Controle Judicial no Âmbito dos Interesses Difusos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KETTL, Donal F. **The Global Public Management Revolution**. 2. ed. Washington: Bookings Institution Press, 2005.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A Institucionalização do *Amicus Curiae*: Representatividade, Contributividade e suas Prerrogativas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **O processo Civil entre a Técnica e a Tutela dos Direitos**: Estudos em Homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011.

LINHARES, Ronaldo Nunes. Internet e Ação Comunicativa como Elementos do Espaço Público sob uma Perspectiva Habermasiana: crise e transição. **Novos Olhares**, n. 4, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>>.

MAURER, Hartmurt. **Derecho Administrativo – Parte General**. Trad. Gabriel Doménech Pascual (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2011.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Intervenção Judicial em Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Judicial dos Atos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, abr./jun. 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MIRANDA, Jorge. A Fiscalização de Inconstitucionalidade por Omissão. **Revista Direito e Liberdade – RDL**, ESMARN, v. 14, n; 1, p. 11-46, jan./jun., 2012.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/jun./jul., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redar.asp>>.

MONCADA, Luiz S. Cabral. **Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo**: Contributo Dogmático. Coimbra: Coimbra, 2014.

MORAES, Germana Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social. Tomo II, Volume 2. Coimbra: Coimbra, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, jun./jul./ago., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-DIOGO-NETO.pdf>>

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O Direito Administrativo no Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NAVARRO, Lorena Magalhães. **Análise da Participação Popular nas tomadas de decisões da Administração Pública** - Contributo do Orçamento Participativo como mecanismo concretizador. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Lisboa, 2014.

NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

NETTO, Luís Cristina Pinto e. Procedimentalização e Participação: Imposições Jusfundamentais à Atividade Administrativa. *In*: Luiza Cristina Pinto e Netto; Eurico Bitencourt Neto. (Org.). **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais**. Diálogos necessários. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2014.

OLBETZ, Karlin. O Princípio do Formalismo no Processo Administrativo. *in*: Medauar, Odete; SCHIRATO, Victor Rhein. **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 215-238, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. Dissertação. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo Vol I**. Reimpressão da edição de novembro de 2013. Coimbra: Almedina, 2013.

OTERO, Paulo. **O Poder de Substituição em Direito Administrativo: Enquadramento Dogmático-Constitucional – Vol. II**. Lisboa: Lex, 1995.

PRADO, Gabriela Malvárez. El Principio de la Protección de la Confianza Legítima en Mexico. **ARS IURIS**, Cidade do México, n. 51, 2016.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e Crise no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. *In*: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito Administrativo e Democracia Econômica**. p. 293-317. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Os Primeiros Passos da Reforma Gerencial do Estado de 1995. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Salvador, Número 16, dez./jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-LUIZ%20CARLOS%20BRESSER.pdf>>.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. São Paulo: 34. Brasília: ENAP, 1998.

PEREIRA, Vasco. **Para um Contencioso Administrativo dos Particulares: Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Direto de Anulação**. Coimbra: Almedina, 1997.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINHEIRO, Alexandre Sousa; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA Marco; COIMBRA, José Duarte. **Questões fundamentais para aplicação do CPA**. Coimbra: Almedina, 2016.

QUINTELLA NETO, Luiz Carlos. **Princípio da Boa Administração: Dever Jurídico Imperfeito?**. Relatório (Mestrado em Direito). Universidade de Lisboa, 2016.

RAIMUNDO, Miguel Assis. Os Princípios no novo CPA e o Princípio da Boa Administração, em particular. *In*: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (coord.). **Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo**. 2.ed. Lisboa: AAFDL, 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As modulações no direito administrativo. *In*: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito Administrativo e democracia econômica**. p. 267-291. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROCHA, Fabiana Carvalho. O instituto Jurídico da Boa Administração. *In*: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Público sem Fronteiras**. Lisboa: Instituto de Ciência Jurídicos-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O Controle Jurisdicional da Eficiência Administrativa: Na Perspectiva dos Direitos Brasileiros e Português**. Tese. Universidade de Lisboa: Lisboa, 2015.

SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura Souza; AVRITZER, Leonardo. Para Ampliar o Cânone Democrático. *In*: SANTOS, Boaventura Souza (Org). **Democratizar a Democracia**:

Os Caminhos da Democracia Participativa. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do Interesse Público? As Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses da Coletividade. *In:* ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCARPELLI, U. Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica, in S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI. **Diritti umani e civiltà giuridica.** Perugia: Pliniana, 1992. p. 39-40 *apud* PEGORARO, Lucio. Existe um “diritto” a uma buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull’(ab)uso della parola “diritto”). **Instituzione del Federalismo**, nº 5/6, 2010.

SÁVIO, José. O Controle Judicial da Administração Pública e a Efetivação do Princípio da Eficiência, **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 11, nº 18, jan/jun 2012.

SILVA, Maria Aline Gago da; BRUXO, Jorge Baptista. **Princípios Jurídicos da Administração Pública.** Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1985.

SILVA, Henrique Dias da. Do Princípio da Legalidade ao Princípio da Juridicidade. **Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**, Portimão, n. 6, maio/2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMONETTI, José Augusto. **O Princípio da Proteção da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro:** Estabilidade de atos e limitação da discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11-12; SCHNEIDER, Jens-Peter. Seguridad Jurídica y Protección de la Confianza en el Derecho Constitucional y Administrativo Alemán. Trad. Mariano Bacigalupo Saggese. **Documentación Administrativa.** Madrid, n. 263-264, maio-dez. 2002, p. 250-251.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrarhdt. **Interesse Público, legalidade e mérito**. Coimbra, 1955.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgador de. **Direito Administrativo Geral – Tomo I**: Introdução e princípios fundamentais. 5. ed. Alfragide: Dom Quixote, 2014.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Lições de Direito Administrativo Vol. 1**. Lisboa: Lex, 1999.

VALLE, Vanice Regina do. **Direito Fundamental à Boa Administração e Governança**: Democratizando a função administrativa. Tese. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

VELLOSO, Vera Maria Louzada. A Motivação como Instrumento de Controle do Ato Administrativo. Dissertação (mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

VICENTE, Laura Nunes. O Princípio da Proporcionalidade: Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo. Coimbra: Instituto Jurídico, 2014.

VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública Patrimonialista à Administração Pública Gerencial e a Burocracia. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 225-247, out/dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI00006.aspx?pdiCntd=49812>>.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade V. 2**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, 2004.