

# Administração pública democrática\*

## *Democratic public administration*

*Marcelo Henrique Pereira Marques\*\**

### RESUMO

A emergência do estado democrático de direito, o fenômeno do neoconstitucionalismo e a passagem do autoritarismo para a democracia no Brasil apontam para a necessidade de readequação da teoria do direito administrativo. É preciso criar todo um novo contexto pela democratização das bases do direito administrativo. Ainda se mantém viva a racionalidade autoritária que deu origem ao direito administrativo, montada numa estrutura patrimonial e autoritária de poder, com a administração na posição de supremacia. Isso permite à administração pública brasileira se valer de uma base teórica ultrapassada para fundamentar posturas autoritárias. Daí questionar-se qual o papel do direito administrativo na construção de uma administração pública democrática. Um modelo de administrar que sinalize uma maior inserção da democracia no direito administrativo e na administração pública é o desafio atual da disciplina.

---

\* Artigo recebido em 2 de outubro de 2013 e aprovado em 3 de dezembro de 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66661>.

\*\* Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: [marcelohpmarques@yahoo.com.br](mailto:marcelohpmarques@yahoo.com.br).

Mestre em direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP.

## PALAVRAS-CHAVE

Administração pública — democracia — autoridade — poder — constitucionalização

## ABSTRACT

The emergence of the Democratic Rule of Law State, the phenomenon of the neoconstitutionalism and the passage from authoritarianism to democracy in Brazil point to the necessity of creating a new context of democratization of the basis of the administrative law. The authoritarian rationality that gave birth to the administrative law is still alive, with the administration taking a position of supremacy. This allows the Brazilian public administration to use a surpassed theory to justify authoritarian postures. Therefore question what the role of the Administrative Law in the construction of a democratic public administration is. A model of administration that signalizes with a wider insertion of democracy in the administrative law and in the public administration is the contemporary challenge of the discipline.

## KEYWORDS

Public administration — democracy — authority — power — constitutionalization

## 1. Contextualização

No plano histórico, o debate que vai ser colocado aqui está delimitado ao período compreendido entre a segunda metade do século XX e os dias atuais. Nesse arco histórico, tem-se assistido a um conjunto de transformações sociais que passaram a influenciar o direito público e, em especial, o direito administrativo, a ponto de impor à administração pública a necessidade de se legitimar perante os cidadãos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> A preferência pela palavra “cidadão” sobre “administrado” se dá pelo fato de que a utilização do termo “administrado” remete a uma sujeição do cidadão, um cidadão domesticado. Na lição de Silva, “[...] a concepção clássica do Direito Administrativo parte de um entendimento da Administração como agressiva dos direitos dos cidadãos, atuando de forma unilateral e autoritária, perante a qual o particular, destituído de direitos subjetivos, ocupa a posição de

O século passado foi pródigo em catástrofes históricas, de Auschwitz e dos regimes autoritários das décadas de 1960-70 a Chernobil, em 1986, na Ucrânia, considerado o pior acidente nuclear da história. Nesse ano, Beck, em *A sociedade do risco*, alertou que “[...] o tipo de sociedade de risco marca uma época social em que a solidariedade surge pelo medo e se converte em uma força política”,<sup>2</sup> como se vê com os movimentos sociais e a sociedade civil organizada. Além disso, Auschwitz e, mais tarde, a emergência de regimes burocráticos-autoritários a partir dos anos 1960 e 1970 na América Latina e na Europa — em Portugal, com Salazar, na Espanha, com Franco e, na Grécia, com os coronéis — também qualificam esse modelo social.

Esses regimes autoritários impuseram-se lastreados pela doutrina do positivismo jurídico, criando situações que escapam à lógica do razoável, como os desaparecimentos forçados e a tortura. A mais grave delas foi o totalitarismo, forma de governo caracterizada pela ubiquidade do medo.<sup>3</sup>

Nesse mesmo plano histórico, já no contexto brasileiro, o país saltou do estado de direito para o estado democrático de direito (inaugurado pela Constituição de 1988) sem passar pelo estado social. No Brasil, não se logrou garantir direitos sociais nem reduzir as desigualdades nesse período. Ao contrário, o regime autoritário de 1964 a 1985, apesar de ter promovido crescimento econômico, que chegou a picos de 14% ao ano,<sup>4</sup> gerou aumento

---

um ‘administrado’, de um mero ‘objeto’ do poder soberano”. Conferir SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 150. É preciso esclarecer, ainda, que o uso do termo “cidadão” ao longo deste trabalho não terá o sentido técnico-jurídico daquele que adquire a cidadania pelo alistamento eleitoral, daquele que é legitimado ativo para ação popular. Assim, “cidadão” aqui se refere a todos aqueles que participam da vida do Estado, aqueles a quem a administração pública deve ouvir. O uso de “cidadão” aqui não se presta a significar apenas o cidadão eleitor. Adota-se um conceito amplíssimo de cidadania que ultrapassa a posse do título de eleitor. Em resumo, distinguindo cidadão de administrado, vale a lição de Medauar: “[...] com esse termo [cidadão] se quer designar a pessoa como portadora de direitos perante o poder público, não o súdito submisso e subordinado, sem possibilidade de nada pleitear; neste último sentido se emprega o vocábulo administrado”. Conferir MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 205.

<sup>2</sup> No original: “*el tipo de la sociedad del riesgo marca una época social en la que la solidaridad surge por miedo y se convierte en una fuerza política*”. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 56. Tradução nossa.

<sup>3</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 76.

<sup>4</sup> Segundo dados do Banco Mundial, em 1968 o crescimento pulou de 4,9% para 11,4%, depois baixou para 11,3% em 1971 e subiu para 12,1% em 1972, atingindo 14% em 1973. Conferir BANCO MUNDIAL. *World data bank*. Disponível em: <<http://databank.worldbank.org/ddp/home.do>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

da desigualdade social,<sup>5</sup> crescimento desenfreado dos municípios e criação de favelas nos grandes centros.

Ademais, a passagem para a democracia no Brasil ocorreu sem eleições diretas, sem resolver problemas sociais, mas, sobretudo, sem uma efetiva justiça de transição.<sup>6</sup>

Os desafios desse período apontam para a necessidade de readequação da teoria do direito administrativo. Como assentou Medauar no seu *O direito administrativo em evolução*, “[...] ante as transformações da sociedade e do Estado, torna-se necessário realizar uma espécie de controle de validade das concepções tradicionais, o que, na verdade, corresponde à própria ideia de ciência”.<sup>7</sup>

Essa crise de paradigmas fez surgir uma série de propostas, revisões e alterações na dogmática dessa área, e essas alterações criaram todo um novo contexto pela democratização das bases do direito administrativo, um *aggiornamento* dos institutos e uma revisão ou uma nova fundamentação para conceitos ultrapassados.

A expressão “democratização das bases do direito administrativo” sinaliza uma maior inserção da democracia no direito administrativo e na administração pública. Aliás, definir democracia é uma tarefa sobre a qual muitos pensadores têm se debruçado. Na lição de Silva, “[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.<sup>8</sup> Ou, ainda, na lição de Benevides, quando assenta que “[...] democracia e direitos humanos são processos e, portanto, estão sempre ocorrendo em dinâmica histórica e como metas para as lutas políticas e sociais [...] Não há um ponto de chegada, mas um rumo e uma caminhada”.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> O índice de Gini, que mede a desigualdade social, é usado em todo o mundo. Ele vai de 0 (igualdade plena) a 1 (uma pessoa detém toda a renda). No Brasil, durante a ditadura ele aumentou de 0,497, na década de 1960, para 0,592, na década de 1980. O último dado, de 2009, informa um índice de 0,546. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Índice de Gini por década*. Disponível em: <[www.ibge.gov.br/secuiox/economia/...precos/.../tabela\\_sal\\_3\\_12.xls](http://www.ibge.gov.br/secuiox/economia/...precos/.../tabela_sal_3_12.xls)>. Acesso em: 6 nov. 2012.

<sup>6</sup> Trata-se de teoria que desenvolve mecanismos de consolidação da democracia num contexto de transição política de um regime autoritário para um regime democrático. Segundo Teitel, “[...] justiça de transição pode ser definida como a concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada por respostas legais para confrontar os erros de regime repressivo anterior”. TEITEL, Ruti, G. *Transitional justice genealogy*. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 16, p. 64-94, Spring 2003. Tradução nossa.

<sup>7</sup> Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, op. cit., p. 226.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 130.

<sup>9</sup> BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Em defesa da república e da democracia. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudieu (Org.).

Se o conceito de democracia começou a ser forjado na Grécia antiga ganhando contornos mais formais ao longo do tempo (como o direito ao voto), a chegada da democracia ao campo do direito é fenômeno recente, datado da segunda metade do século XX. Nesse momento, os estados de direito ganharam a qualificação de estados democráticos de direitos, muito por conta do neoconstitucionalismo, como será visto alhures.

No Brasil, essa qualificação só chegou em 1988. A partir daí começaram a surgir as discussões a respeito da influência da democracia no direito — sobretudo no direito administrativo, objeto do presente estudo — e, mais do que isso, no agir administrativo.

Importa reconhecer que “democracia” é um vocábulo com muitas definições e o melhor seria fazer aproximações e falar, então, em características que tornam um modelo mais ou menos democrático. Nesse sentido, adotar um conceito de democracia no presente trabalho implica reconhecer todas essas dificuldades.

O direito administrativo ainda está aprendendo a lidar com a democracia. A democracia, por essa razão, ainda é estranha à administração pública brasileira.

Esse desequilíbrio entre uma teoria do direito administrativo desatualizada e os desafios da sociedade atual que o direito precisa regular é o que faz a doutrina enxergar uma crise de paradigmas no direito administrativo.

O vislumbre de crises no direito administrativo não é novidade. Medauar faz questão de elencar diversos autores que apontam tal crise desde a década de 1960. Assim, Michele Giorgiani, em 1961, trata de crise do direito administrativo diante da penetração de elementos privatísticos; o espanhol Torné Jimenez, em 1978, fala de uma das maiores crises da história do direito administrativo, clamando por contribuições de outras ciências para a construção de um direito administrativo mais eficaz; Alejandro Nieto, Fioravanti, Parejo-Alfonso e Sanchez-Moron, na década de 1980, apontavam uma crise — este último sinalizando um momento de angústia do direito administrativo por falta de identidade.<sup>10</sup>

Para fins deste trabalho, essa crise diz respeito às novas teorias que questionam algumas premissas teóricas importantes para o direito administrativo brasileiro diante dos valores introduzidos pela Constituição de 1988.

---

*Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fabio Konder Comparato.* São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 723-742. p. 727.

<sup>10</sup> Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, op. cit., p. 66-70.

É nesse contexto que emergem as propostas de revisão científica do direito administrativo. Essas propostas se apresentam em diversos âmbitos do direito administrativo, a saber: na passagem da vinculação à legalidade para a vinculação à juridicidade; no tema dos contratos administrativos e da nova contratualização; no fenômeno da consensualidade; na relação entre ato e processo administrativo; no questionamento da validade da supremacia do interesse público; e, sobretudo, na participação popular na administração pública como requisito essencial de uma administração democrática.

Daí que, no plano teórico, com base nessas reflexões, vem se desenvolvendo, no âmbito do direito administrativo, um modelo de governar mais contemporâneo, que ganha vários nomes: administração pública democrática,<sup>11</sup> administração consensual,<sup>12</sup> administração concertada,<sup>13</sup> *administración concertada*,<sup>14</sup> administração cooperadora,<sup>15</sup> administração paritária,<sup>16</sup> administração dialógica,<sup>17</sup> administração pluricêntrica,<sup>18</sup> Estado contratual,<sup>19</sup> Estado planejador,<sup>20</sup> *Estado protector*,<sup>21</sup> Estado distribuidor,<sup>22</sup> Estado mediador,<sup>23</sup> entre outros.<sup>24</sup>

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010c.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: \_\_\_\_\_. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010a. p. 90. Conferir, ainda, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 37.

<sup>13</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do ato administrativo perdido*, op. cit., p. 64. E, ainda, Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, op. cit., p. 199.

<sup>14</sup> GARCIA DE ENTERRERIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo II*. 4. ed. Madri: Civitas, 1997. p. 667.

<sup>15</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do ato administrativo perdido*, op. cit., p. 139.

<sup>16</sup> MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007. Conferir, ainda, Gustavo Justino de Oliveira, A arbitragem e as parcerias público-privadas, op. cit., p. 80.

<sup>17</sup> MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, jan./abr. 2010. p. 159.

<sup>18</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração pública pluricêntrica. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 54, p. 27-46, 2001.

<sup>19</sup> Gustavo Justino de Oliveira, A arbitragem e as parcerias público-privadas, op. cit., p. 81.

<sup>20</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do ato administrativo perdido*, op. cit., p. 450. E, ainda, DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 46.

<sup>21</sup> Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, op. cit., p. 48.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino. Governança pública e parcerias do Estado: novas fronteiras do direito administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, p. 113-120, 2012. Edição especial.

<sup>24</sup> Vasco Dias Pereira da Silva aponta outros termos: “[...] surge, assim, uma nova dimensão ou um novo âmbito da atividade administrativa, que a doutrina designa através de expressões

O objeto do presente artigo, portanto, é a defesa de um modelo de administração pública democrática, sustentada por um direito administrativo mais contemporâneo e consentâneo com o estado democrático de direito.

Para isso, o primeiro item analisa a concepção tradicional do direito administrativo, fruto de uma origem autoritária, a fim de provar como permanece em descompasso com o modelo constitucional porque baseada no poder e na força.

Será demonstrado como a doutrina administrativista vem repetindo lições ao longo do tempo sem adequar a dogmática à luz da Constituição, que coloca a tutela da dignidade humana como objetivo de atuação do Estado.

A partir daí, no segundo item será demonstrado como a doutrina moderna tem colocado em xeque tal concepção com o advento do neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito administrativo. Analisaremos as consequências do neoconstitucionalismo e mostraremos como restou alterada a relação entre a administração pública e o cidadão, sobretudo pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

Por fim, no último item, virá a conclusão.

## 2. A visão tradicional do direito administrativo

Pretende-se discutir aqui como a racionalidade que deu origem ao direito administrativo ainda se mantém viva. Para tanto, é preciso recordar que a origem do direito administrativo repousa numa estrutura patrimonial e autoritária de poder, com a administração na posição de supremacia. Bem por isso, Mello, ao tratar das bases ideológicas do direito administrativo, sugere que “[...] existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva, de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do poder, a fim de que ele possa vergar os administrados”.<sup>25</sup> Sob seu magistério:<sup>26</sup>

---

tão variadas como as de Administração ‘prospectiva’ (RIVERO, NIGRO), ‘prefigurativa’ (NIGRO), ‘constitutiva’, ‘social-constitutiva’, ‘planificadora’ (TSCHIRA, SCHMITT GLAESER, BROHM, VON MUENCH, DIRK EHLERS) ou ‘infraestrutural’ (FABER, PAREJO ALFONSO, STOBBER, M. SUDHOF)”. Conferir Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do ato administrativo perdido*, op. cit., p. 127.

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 43, grifo nosso.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 41-42.

[essa suposição] é reforçada, mesmo sem este intento, por algumas formulações doutrinárias que arrolam “poderes” da Administração, quais, “poder regulamentar”, “podernormativo”, “poder discricionário”, “poder hierárquico” [...] para que o Direito Administrativo seja visto como um ramo do direito aglutinador de “poderes” desfrutáveis pelo Estado em sua feição administrativa, ao invés de ser considerado como efetivamente é, ou seja, como um conjunto de limitações aos poderes do Estado ou, muito mais acertadamente, como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados.

Atualmente a crítica parte de Binenbojm: <sup>27</sup>

A velha dogmática do direito administrativo é reconhecidamente **autoritária**, do ponto de vista político, **inconsistente**, do ponto de vista teórico, e **ineficiente**, de um ponto de vista pragmático. Tais vícios, reproduzidos em momentos históricos distintos pelo mundo afora, convergem agora, no Brasil, para um momento de inflexão teórica que se poderia caracterizar como uma crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro.

Antes dele, cabe apontar a posição de Cléve, para quem “[...] há que ocorrer, igualmente, uma mudança na concepção relativa à administração pública – o direito administrativo brasileiro é autoritário”.<sup>28</sup>

Também na década de 1990, a contundente declaração de Ferraz, quando afirma que “[...] é preciso que digamos isto sem qualquer vergonha: a administração pública brasileira é autoritária por várias razões, e entre elas porque o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a administração pública brasileira a ser autoritária”.<sup>29</sup>

E mesmo Mello já fazia questão, no seu *Curso de direito administrativo*, de dizer que, “[...] no caso brasileiro, a prática administrativa e a própria interpretação doutrinária ou jurisprudencial refletem uma concepção ainda autoritária do Estado e do Direito Administrativo”.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 60, grifo nosso.

<sup>28</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 27, n. 106. p. 81-98, abr./jun. 1990. p. 81-98.

<sup>29</sup> FERRAZ, Sérgio, 1986, apud CLÉVE, Clémerson Merlin, *ibid.*, p. 93.

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 57.



Em síntese, é possível valer-se do panorama da sociedade brasileira descrito por Santos:<sup>31</sup>

O Brasil é uma sociedade com uma longa tradição de política autoritária. A predominância de um modelo de dominação oligárquico, patrimonialista e burocrático resultou em uma formação de Estado, um sistema político e uma cultura caracterizados pelos seguintes aspectos: a marginalização, política e social, das classes populares, ou a sua integração através do populismo e do clientelismo; a restrição da esfera pública e a sua privatização pelas elites patrimonialistas; a “artificialidade” do jogo democrático e da ideologia liberal, originando uma imensa discrepância entre o “país legal” e o “país real”. A sociedade e a política brasileiras são, em suma, caracterizadas pela total predominância do Estado sobre a sociedade civil e pelos obstáculos enormes à construção da cidadania, ao exercício dos direitos e à participação popular autônoma.

A respeito do surgimento da administração pública, ainda de feição autoritária, aponta Maffini que, “[...] durante anos, o direito administrativo serviu tão somente para a sistematização de um discurso que, em seu âmago, incumbia-se quase que exclusivamente da legitimação jurídica de um perfil autoritário de atuação estatal”.<sup>32</sup> De fato, na origem histórica, conforme lição de Cretella Júnior, “[...] o que existia era uma administração complicada e centralizada, um direito de polícia, bem característico, mas não existia ainda um direito administrativo”.<sup>33</sup> Assim como o direito constitucional, o direito administrativo foi inaugurado com o advento do estado de direito, um sistema de contenção de poder e de submissão do Estado à lei, que derogou esse estado de polícia ou estado absolutista vigente nos séculos XVII e XVIII. É o momento em “[...] que se consegue pôr freios à atividade estatal por meio da lei”,<sup>34</sup> conforme Mendes e colaboradores. Nesse sentido, ainda, Di Pietro:<sup>35</sup>

<sup>31</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: \_\_\_\_ (Org.). *Democratizar a democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 457-559. p. 458.

<sup>32</sup> Rafael Maffini, *Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança)*, op. cit., p. 160.

<sup>33</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1971a. p. 137.

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35.

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

A formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se — já na fase do Estado Moderno — o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

A princípio, parece não existir dúvida de que a emergência do estado de direito, com a submissão da administração pública à legalidade, significou uma conquista do cidadão.<sup>36</sup>

Entretanto, contra essa noção tradicional de que o direito administrativo foi concebido como a subordinação do Estado ao regime da legalidade, Binenbojm propõe uma revisão histórica das origens do direito administrativo nestes termos: “[...] tal história seria esclarecedora, e até mesmo louvável, não fosse falsa”.<sup>37</sup>

De acordo com sua tese,<sup>38</sup>

O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d’Etat*, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e *insubmissa* daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.

---

<sup>36</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 37.

<sup>37</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10-11.

<sup>38</sup> Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 11.

E arremata:<sup>39</sup>

Tal circunstância histórica subverte, a um só golpe, os dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes. De fato, a atribuição da função de legislar sobre direito administrativo a um órgão da jurisdição administrativa, intestino ao Poder Executivo, não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e de partilha das funções estatais entre os poderes (Montesquieu).

Avançando na revisão histórica dessa origem, Giacomuzi<sup>40</sup> vai além para sustentar que a noção, presente desde a monarquia, de que existia um interesse superior do Estado não foi alterada pela Revolução Francesa e que, mesmo com alterações históricas posteriores, essa essência permanecera como base para o direito público francês:

Assim, as sementes do direito administrativo francês [...] vêm das concepções de Estado e de direito público presentes na Idade Média. É, portanto, um erro grosseiro pensar o direito administrativo ou o Estado francês como se eles tivessem sido inventados “por milagre” em 1789. É preciso saber pelo menos que no começo do direito Administrativo na Idade Média um cordão umbilical ligava o direito público (*droit administratif*) à ideia de soberania, de justiça e de bem comum.

Percebe-se, pois, na origem da disciplina (sob essa ótica), muito mais uma origem autoritária que uma obediência mansa à lei, uma vez que o Conselho de Estado francês teria criado um direito próprio, isto é, um sistema jurídico apartado da lei civil. Assim, conceitos importantes, como a supremacia do interesse público, a posição superior da administração pública na sua relação vertical com o cidadão e as demais prerrogativas estatais, não seriam frutos da submissão do Estado à legalidade. Ao revés, decorreriam de um sistema jurídico criado em proveito da própria administração.

<sup>39</sup> Ibid, p. 11, grifo nosso.

<sup>40</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Ademais, na origem francesa, o ramo do Executivo ao mesmo tempo administrava, criava o direito (jurisprudencial e exorbitante do direito civil) e dirimia, com poder jurisdicional, eventuais litígios por meio de um órgão interno, o Conselho de Estado, livre do controle externo do Legislativo e do Judiciário. Daí autores como Silva fazerem menção a um “pecado original” do contencioso administrativo com a criação de um juiz “doméstico”.<sup>41</sup>

Acerca do famoso *arrêt* Blanco, leciona Silva:<sup>42</sup>

O caso era relativo a uma criança de cinco anos, Agnès Blanco, que tinha sido atropelada por um vagão de um serviço público (de tabaco), não tendo os seus pais conseguido obter a devida indenização, nem do Tribunal de Bordéus, nem do Conselho de Estado, porque ambos se declararam incompetentes para decidir uma questão em que intervinha a Administração e que, como tal, ambos entendiam que não era diretamente regulada pelo Código Civil. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal de Conflitos vem dizer que a competência para decidir cabia à ordem administrativa, deste modo resolvendo o conflito de jurisdições. Mas, simultaneamente, vai considerar, por estar em causa um serviço público, que a indenização a ser atribuída não se poderia regular pelas normas aplicáveis às relações entre particulares. Antes haveria que criar um “direito especial” para a Administração, que tomasse em consideração o seu “estatuto de privilégio”. Como se vê, a afirmação da autonomia do Direito Administrativo surge para justificar a necessidade de limitar a responsabilidade da Administração perante uma criança de cinco anos, atropelada por um vagão de um serviço público. O que não é apenas um “episódio triste” (Sabino Cassese), como é também um “triste começo” para o Direito Administrativo, cujo nascimento fica associado a uma história de negação dos direitos dos particulares. Por muito que se quisesse, era difícil imaginar um começo mais “traumático” para o Direito Administrativo!

---

<sup>41</sup> Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do ato administrativo perdido*, op. cit., p. 21.

<sup>42</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: ICJP, 2011. p. 547. Disponível em: <[www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook\\_dp\\_completo2\\_isbn.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf)>. Acesso em: 6 nov. 2012. Grifo nosso.

Assim ganha destaque a análise de Binembojm, de que “[...] os donos do poder criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade”.<sup>43</sup>

Por outro lado, é preciso destacar que a doutrina administrativista está longe de ser voz uníssona nessa questão. Basta a posição de Gabardo e Hachem,<sup>44</sup> ao criticar uma origem antidemocrática na superação absolutista promovida pela Revolução Francesa:

[...] refutar as conquistas alcançadas por esse paradigmático movimento em matéria de direitos e garantias fundamentais reconhecidos ao cidadão em face do Estado, mediante a construção e afirmação paulatina do Direito Administrativo, significa fechar os olhos a todos os importantes reflexos suscitados nesse período no âmbito da proteção dos direitos humanos.

De toda sorte, embora no Brasil o sistema adotado não tenha institucionalizado uma justiça administrativa com poder jurisdicional como o Conselho de Estado francês,<sup>45</sup> é inegável que a dogmática francesa teve grande influência na autonomia do direito administrativo brasileiro.<sup>46</sup> Traçando um panorama do direito administrativo brasileiro, Di Pietro esclarece:<sup>47</sup>

Grande foi a influência do direito francês, do qual foram importados alguns dos institutos e princípios basilares do direito administrativo, como os conceitos de serviço público, a teoria dos atos administrativos, a da responsabilidade civil do Estado (teoria da culpa do serviço público e teoria da responsabilidade objetiva, consagrada, em nível

<sup>43</sup> Gustavo Binembojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 15.

<sup>44</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 32-66. p. 61.

<sup>45</sup> A Constituição da República é esclarecedora quando reza, no art. 5º, XXXV, que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. No mesmo sentido, diz a lei processual civil pátria: “[...] a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes.” (art. 1º da Lei nº 5.869/1973).

<sup>46</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 4.

<sup>47</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de direito administrativo. *Rede*, Salvador, n. 5, p. 1-24, jan./mar. 2006. p. 18. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/500-anos-de-direito-administrativo-brasileiro](http://www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/500-anos-de-direito-administrativo-brasileiro)>. Acesso em: 27 set. 2012.

constitucional, a partir da Constituição de 1946), a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade; a teoria dos contratos administrativos; a forma de delegação da execução do serviço público ao particular, pelo instituto da concessão de serviço público; e a própria ideia de que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Na visão de Binenbojm, o modelo patrimonialista brasileiro, de origem portuguesa, “[...] encontrou no figurino francês do direito administrativo material farto para se institucionalizar e legitimar”.<sup>48</sup> Assim, as prerrogativas da administração pública francesa serviram bem aos interesses patrimonialistas do Estado brasileiro.

A importação malsucedida de ideias estrangeiras faz parte de nossa história, fato que encontra respaldo na obra de Holanda quando, em *Raízes do Brasil*, ele faz referência à colonização portuguesa, apontando que “[...] trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam”.<sup>49</sup> E conclui, com sinceridade lapidar: “[...] a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido”.<sup>50</sup> Um modelo patrimonialista definindo as instituições públicas baseado em relações emotivas, influenciado por laços familiares e que não continha nada de impessoal.

Nesse sentido, com inspiração na doutrina francesa e fundado no patrimonialismo de origem portuguesa, o direito administrativo brasileiro constrói para as pessoas jurídicas de direito público um regime jurídico especial, carregado de privilégios. Como referência doutrinária, na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello essa teorização surge com a publicação de *Natureza e regime jurídico das autarquias*, em 1968.

Acerca do regime jurídico administrativo, aponta o autor que essa caracterização consiste “[...] na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delineia em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade dos

---

<sup>48</sup> Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 17.

<sup>49</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 160.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 160.

interesses públicos”.<sup>51</sup> Tal posicionamento se mantém até hoje, uma vez que a mesma redação consta atualmente no seu *Curso de direito administrativo*.<sup>52</sup>

Segundo esse pensamento, “o Poder Público se encontra em situação autoritária, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos”.<sup>53</sup> No mesmo sentido leciona Cretella Júnior ao destacar que, “[...] pela condição favorável que a prerrogativa lhe confere, a Administração fica desnivelada ao particular, assumindo uma posição vertical, bem diversa da posição horizontal em que fica o particular diante do particular”.<sup>54</sup>

Essa posição superior da administração se reflete na própria definição do objeto de estudo do direito administrativo. A atuação administrativa sempre ficou resumida à prestação de serviço público, poder de polícia e fomento. Conforme Di Pietro:<sup>55</sup>

[...] a Administração pública abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. Alguns autores falam em intervenção como quarta modalidade, enquanto outros a consideram como espécie de fomento. [...] Para quem, como nós, considera como atividade ou função administrativa apenas aquela sujeita total ou predominantemente ao direito público, a intervenção, na segunda modalidade apontada, não constitui função administrativa.

Assim, só seria objeto do direito administrativo aquilo que diz respeito ao exercício da autoridade, por ser um campo metodológico atrelado à força e ao poder estatal. A posição da administração pública como um poder público dotado de força imperativa em face do cidadão fica clara quando

---

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 292.

<sup>52</sup> *In verbis*: “O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individual singularidade. Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos”. Conferir Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 55.

<sup>53</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, op. cit., p. 295, grifo nosso.

<sup>54</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Prerrogativas e sujeições da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 103, p. 16-32, jan./mar. 1971b. p. 19.

<sup>55</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 55-57.

a doutrina aponta que “[...] o poder administrativo, portanto, é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público”.<sup>56</sup> Essa ideia de supremacia do interesse público sobre o privado pode ser resumida na noção de que, “[...] toda vez que colide um interesse público com um interesse privado, é aquele que tem que prevalecer”.<sup>57</sup> A supremacia do interesse público seria indispensável porque serviria como pressuposto para garantir uma ordem social estável e em que todos se sentiriam resguardados.

Entretanto, exigir que sempre<sup>58</sup> prevaleça o interesse público acaba por criar problemas práticos.

Imagine-se, por exemplo, um caso de imediata rescisão unilateral pelo poder público logo após ter sido firmado contrato administrativo quando o particular contratado descumpre as obrigações avençadas. Tal rescisão decorre da supremacia do interesse público. Qual a solução, todavia, diante de expressivos investimentos realizados pelo particular que contratou de boa-fé? Embora justificada a rescisão, o poder público deveria considerar o investimento do particular.

Tal solução estaria baseada em dois pressupostos contraditórios: a existência da supremacia do interesse público sobre o privado e a tutela da boa-fé em favor do particular. Ora, se for verdade que, quando houver colisão entre o interesse público e o privado, prevalecerá o interesse público, como explicar que se deve decidir a favor do interesse privado? Não serviria a supremacia do interesse público justamente para resolver esse tipo de colisão em favor do Estado?

Aí está exemplificada a dificuldade de se manter a todo custo a prevalência *ex ante* do interesse público quando este colidir com o interesse particular.

Com isso se quer demonstrar como o manejo de uma base teórica criada supostamente para garantir a satisfação do interesse coletivo ou uma ordem

---

<sup>56</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 85. Grifo nosso. A edição utilizada corresponde à última escrita pelo próprio autor.

<sup>57</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 844.

<sup>58</sup> Di Pietro apresenta ressalvas nesse ponto: “[...] a ideia de que o interesse público sempre, em qualquer situação, prevalece sobre o particular jamais teve aplicação. [...] São inúmeras as hipóteses em que o direito individual cede diante do interesse público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85-102.



social estável<sup>59</sup> pode pôr em risco a própria segurança jurídica. Sob o manto do argumento irresistível de proteção dos interesses da coletividade, faz-se o contrário, isto é, ofende-se o direito do cidadão. Não há, contudo, fundamento constitucional que garanta à administração uma posição de superioridade em face do cidadão a ponto de outorgar a ela condição para remover os interesses particulares como se fossem obstáculos inconvenientes. Muito pelo contrário. A Constituição de 1988 alçou o sujeito da posição de mero administrado à posição de cidadão dotado de direitos, ao mesmo tempo que impôs ao poder público uma série de deveres e obrigações.

Nesse contexto, o direito administrativo, em vez de conferir uma postura consensual, inclusiva, mediadora e participativa à administração pública, tradicionalmente deu fundamento teórico para uma postura autoritária e aglutinadora de poderes. Aliás, para Cretella Júnior, o regime jurídico administrativo fundado na indisponibilidade e na supremacia do interesse público constitui “[...] a base filosófica de um ‘raciocínio típico de Direito Administrativo’”.

Por isso, é preciso reposicionar o direito administrativo brasileiro à luz da Constituição, como acena Binbenbojm:<sup>60</sup>

O processo de constitucionalização do direito administrativo deve ser entendido como uma postura de releitura e redefinição de institutos e conceitos da velha dogmática da disciplina sob a ótica do sistema de princípios da Constituição, de molde a erigir novos paradigmas dotados não apenas de maior consistência teórica, mas comprometidos com o sistema democrático, com a busca da eficiência como mola propulsora de desenvolvimento e, sobretudo, com o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Verificou-se até aqui a necessidade de superação de uma teoria focada na supremacia da vontade do administrador, lastreada pelo uso do poder e da autoridade. Essa necessidade decorre da passagem para o estado democrático de direito e da assunção da Constituição cidadã. Esse processo é o que se passa a analisar.

---

<sup>59</sup> São os fundamentos apresentados por Celso Antônio Bandeira de Mello. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 70.

<sup>60</sup> Gustavo Binbenbojm, *Temas de direito administrativo e constitucional*, op. cit., p. 39-60. p. 60.

### 3. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito administrativo

No século passado, o direito constitucional se desenvolveu no período pós-guerra e avançou para aproximar as ideias de constitucionalismo e democracia, produzindo uma nova organização política: o estado democrático de direito.<sup>61</sup> Não apenas a união gramatical das expressões “estado democrático” e “estado de direito”, mas um conceito novo, “[...] em que o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois também, sobre a ordem jurídica”.<sup>62</sup> Em outras palavras, “[...] a junção da noção de democracia à de Estado de direito, muito mais do que estabelecer um qualificativo do modo de ser do Estado, é responsável pela atribuição aos cidadãos do direito de participação nas decisões estatais”.<sup>63</sup>

No estado democrático de direito, à Constituição é reconhecido um novo *status*: o de norma jurídica. Mais que isso, seus valores se irradiam por todo o ordenamento e vinculam todos os Poderes, em todas as esferas. Essa noção de Constituição com força normativa e dotada de irradiação dos seus princípios e valores tem sido chamada de “neoconstitucionalismo”. O neoconstitucionalismo, “[...] no seu afã de fecundar o direito positivo com os ideais humanitários presentes nas constituições contemporâneas [...]”,<sup>64</sup> é mais ambicioso que o constitucionalismo, que visava apenas à contenção do poder estatal, como destaca Sarmiento.

Enquanto teoria do direito, o neoconstitucionalismo não possui sentido unívoco na doutrina. Ao contrário, existem divergências importantes no que concerne a seu alcance, seus limites e seu conteúdo.

Carbonell aponta dois sentidos para neoconstitucionalismo: um fenômeno evolutivo com impacto no paradigma do Estado constitucional; uma teoria do direito que enxerga positivamente as mudanças no passado recente do Estado constitucional.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 245.

<sup>62</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 123.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010c. p. 164.

<sup>64</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 57.

<sup>65</sup> CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: \_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madri: Trotta, 2009. p. 9-12. p. 10.

Já Comanducci vislumbra três tipos de neoconstitucionalismo: 1) o neoconstitucionalismo teórico (representado por Comanducci, Ferrajoli e Zagrebelsky), que descreve as vantagens da constitucionalização e desponta como alternativa ao juspositivismo tradicional, ainda que com dissonância entre os próprios autores; 2) o neoconstitucionalismo ideológico (representado por Dworkin), que defende a interpretação moral da Constituição e apresenta a técnica de ponderação dos princípios; e 3) o neoconstitucionalismo metodológico (representado por Prieto Sanchís), que considera os princípios constitucionais uma ponte entre direito e moral.<sup>66</sup>

No Brasil, de acordo com Barcellos, o neoconstitucionalismo opera sob três premissas: 1) a normatividade da Constituição; 2) a superioridade da Constituição; e 2) a centralidade da Constituição no sistema jurídico. O que o neoconstitucionalismo provoca, em verdade, é a passagem do teórico para o concreto. Quanto às características materiais, se caracteriza por, ao menos, dois elementos: 1) a incorporação de valores e opções políticas nos textos constitucionais e 2) a expansão dos conflitos entre as opções existentes no sistema jurídico.<sup>67</sup>

Conforme Ávila, o neoconstitucionalismo possui quatro fundamentos: 1) normativo (predominância dos princípios), 2) metodológico (predominância da ponderação); 3) axiológico (predominância da justiça particular) e 4) organizacional (predominância do Judiciário).<sup>68</sup>

Já segundo Ferrari, contudo, não se vislumbram no neoconstitucionalismo elementos que o consagrem como uma nova teoria. Seria um novo momento do constitucionalismo.<sup>69</sup>

As consequências teóricas da constitucionalização do direito no Brasil merecem alguma ressalva.

De sua parte, Sarmiento adverte três objeções ao neoconstitucionalismo: 1) diante da proeminência do Judiciário no papel de garantidor dos direitos estampados na Constituição, há o perigo de as decisões políticas mais

---

<sup>66</sup> COMANDUCCI, Paulo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: Miguel. Carbonell, *ibid.*, p. 83-98.

<sup>67</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60.

<sup>68</sup> ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, p. 9-30, out. 2008.

<sup>69</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 10, n. 40, abr. 2010.

importantes deixarem de ser tomadas pelo povo ou por seus representantes legais, meios próprios da democracia; 2) o uso excessivo de princípios e decisões baseadas em argumentação pode levar a decisões judiciais emotivas, desprezando as regras legais; e 3) corre-se o perigo de entender que toda resposta se encontra na Constituição, negando autonomia ao legislador infraconstitucional.<sup>70</sup>

Como adverte Silva:<sup>71</sup>

O “tema constitucionalização do direito”, [...] tem seu epicentro nos países de língua alemã. [...] A grande maioria dos trabalhos sobre o tema é originária da Alemanha e, em escala já bem menor, da Áustria e da Suíça. Ora, não é possível “importar”, sem grandes reflexões, temas e problemas de outros países e tentar incuti-los, artificialmente, na discussão brasileira.

Ainda assim, as bases teóricas do neoconstitucionalismo encontraram grande acolhida pela doutrina brasileira.

Historicamente, esse desenvolvimento teórico decorre do fenômeno da constitucionalização, que surge na Itália, com a Constituição de 1948, e na Alemanha, com a Lei Fundamental, em 1949, e da forte atuação do Tribunal Constitucional alemão no reconhecimento de direitos emanados diretamente da Constituição. Depois, mais tardiamente, com as constituições de Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988).

A partir da década de 1950, filósofos e juristas passam a promover o desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais, da normatividade dos princípios, da força normativa da Constituição e da aproximação entre direito e moral. Para citar algumas obras fundamentais, em 1959 é publicada *A força normativa da Constituição*, de Konrad Hesse. Na década de 1970, são lançadas *Uma teoria da justiça*, de John Rawls, em 1971, *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, de Peter Haberle, em 1975, e *Levando os direitos a sério*, de Ronald Dworkin, em 1977. Na década de 1980, é publicada a *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy, em 1986. E, em 1990, Otfried Höffe lança *Kategorische Rechtsprinzipien*, obra em que cunha a expressão “virada kantiana”.

---

<sup>70</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan. 2009.

<sup>71</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

Em resumo, algumas consequências do neoconstitucionalismo podem ser sintetizadas nas seguintes ideias: emergência dos conceitos jurídicos indeterminados, como a boa-fé, que carecem de complementação pelo intérprete e cuja solução ultrapassa os limites do texto escrito da lei, devendo a resposta constitucionalmente adequada ser encontrada no caso concreto; a normatividade dos princípios, é dizer, princípios são normas cujos valores e cujos fins não estão definidos em comandos prescritos, mas dependem da interpretação caso a caso; o reconhecimento da colisão de normas constitucionais e a necessidade de ponderação para solução de conflitos normativos e de argumentação para resolver os casos que comportam mais de uma solução possível.<sup>72</sup>

Nas palavras de Barroso,<sup>73</sup>

[...] nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia — mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico.

Do fenômeno da constitucionalização decorre que as “[...] normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais”.<sup>74</sup> A Constituição se torna o centro do sistema jurídico, e seus princípios se irradiam pelo ordenamento. Com isso, a legislação infraconstitucional merece nova leitura. Exemplo lapidar dessa necessidade vem do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/1973, anterior, portanto, à Constituição. Reza seu artigo 126 que, no julgamento da lide, caberá ao juiz aplicar as normas legais, mas, não as havendo, “[...] recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Isto é, não havendo norma, haveriam de se aplicar os princípios.

No que concerne especificamente ao direito administrativo, Barroso aponta que os aspectos mais decisivos da constitucionalização do direito foram

---

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 60, p. 137-179, 2006.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b. p. 56. (Temas de direito constitucional, tomo 4).

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito no Brasil. In: \_\_\_\_ (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1-40. p. 21.

a incidência dos princípios constitucionais de caráter geral, a centralidade na dignidade humana e a preservação dos direitos fundamentais.<sup>75</sup> Com isso, restou alterada a relação entre administração e cidadãos. Ademais, passaram a ser questionados alguns paradigmas de direito administrativo, como a supremacia do interesse público e a vinculação apenas à lei ordinária.<sup>76</sup>

Ora, uma administração pública decorrente da adoção de um estado democrático de direito deve realizar uma ponderação de interesses direcionada à tutela dos direitos fundamentais e promover uma abertura de canais de diálogo com a sociedade. E o direito administrativo deveria ter caminhado no sentido de fornecer o fundamento teórico.

Mas, se a teoria do direito constitucional se desenvolveu ao longo do tempo, a teoria do direito administrativo passou por um processo de “descolamento” do direito constitucional, para usar a expressão de Binembojm.<sup>77</sup> No âmbito do direito administrativo, noções de origem pré-constitucional, como a noção de interesse público, continuam sendo aplicadas ainda hoje sem uma preocupação em fundamentá-las na Constituição. É dizer, não houve uma completa releitura da disciplina do direito administrativo com o advento do texto constitucional de 1988 e das transformações trazidas pela reconstitucionalização no Brasil.

O neoconstitucionalismo, entendido como o processo de conformação dos institutos jurídicos pelos sistemas constitucional democrático e de direitos fundamentais, não pode passar despercebido pelo direito administrativo. O que o neoconstitucionalismo provoca não é apenas a promulgação de novos textos constitucionais revogando regimes anteriores num simples *continuum* legislativo. Não é uma simples troca. O neoconstitucionalismo provoca o reconhecimento da força normativa da Constituição, a fim de fundamentar toda ação estatal. Assim, aquilo que não passar pelo filtro constitucional não é válido. Daí Barroso apontar que “[...] toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional”.<sup>78</sup>

Nesse desenvolvimento do estudo, vale apontar o descompasso da doutrina quando estabelece a relação entre o direito administrativo e o direito constitucional.

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 28.

<sup>76</sup> Barroso aponta especificamente três paradigmas: a redefinição da supremacia do interesse público, a vinculação do administrador à lei e a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo. Ibid., p. 28-30. Na presente dissertação, outros temas serão abordados além desses. Conferir item 1.2 infra.

<sup>77</sup> Gustavo Binembojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 18.

<sup>78</sup> Luís Roberto Barroso, *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 56.

Na Europa, Medauar aponta que o reconhecimento das bases constitucionais do direito administrativo pela doutrina ocorre desde a década de 1950 — em referência à obra *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, de Vedel, de 1954.<sup>79</sup> No Brasil, ao contrário, é de se notar a preocupação de Cretella Júnior, ainda na década de 1970, ao tratar das conexões do direito administrativo com o direito constitucional, em afirmar que o direito administrativo guarda inúmeros pontos de contato com o direito constitucional — o alicerce dos outros ramos<sup>80</sup> —, mas “[...] sem chegar ao extremo de afirmar, como alguns autores, que o direito administrativo tem seus postulados, seus cabeçalhos (*têtes de chapitres*), no direito constitucional, sendo este como que prefácio, raiz, base indispensável daquele”.<sup>81</sup> Um desses autores é Miranda:<sup>82</sup>

Mais do que um ramo a par de outros, o Direito constitucional deve ser apercebido como o tronco da ordem jurídica estatal (mas só desta), o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica. Integrando e organizando a comunidade e o poder, ele enuncia (na célebre expressão de Pellegrino Rossi) as *têtes de chapitre* dos vários ramos do Direito.

Reforça essa mesma posição o administrativista argentino Dromi:<sup>83</sup>

Pode-se dizer que o direito administrativo tem o encabeçamento dos seus capítulos no direito constitucional; este é a espinha dorsal do direito administrativo, já que a atividade jurídica da administração encontra suas limitações na Constituição. Por ele, entendemos que o direito administrativo é o direito constitucional concretizado.

Ora, a força normativa da Constituição e o princípio da máxima efetividade impõem ao realizador/concretizador dos direitos fundamentais a

---

<sup>79</sup> VEDEL, Georges, *Les bases constitutionnelles du droit administratif: études et documents du Conseil d'État*: EDCE, 1954, apud Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, op. cit., p. 155.

<sup>80</sup> José Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 113.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>82</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. t. I, p. 16.

<sup>83</sup> No original: “*Se puede decir que el derecho administrativo tiene el encabezamiento de sus capítulos en el derecho constitucional; éste es la espinha dorsal del derecho administrativo, ya que la actividad jurídica de la Administración encuentra sus limitaciones en la Constitución. Por ello, entendemos que el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado*”. Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, op. cit., p. 167. Tradução nossa.

densificação dos princípios e dos valores constitucionais. Daí a importância do direito constitucional, que não se limita a dispor sobre regras de competência e sobre a estrutura da administração. Não cabe mais afirmar que o direito constitucional cuida apenas da estrutura do Estado e o direito administrativo apenas da sua organização interna, como propõe Meirelles.<sup>84</sup>

Com o Direito Constitucional o Direito Administrativo mantém estreita afinidade e íntimas relações, uma vez que cuidam da mesma entidade: o Estado. Diversificam-se em que o Direito Constitucional se interessa pela estrutura estatal e pela instituição política do governo, ao passo que o Direito Administrativo cuida, tão somente, da organização interna dos órgãos da Administração, de seu pessoal e do funcionamento de seus serviços, de modo a satisfazer as finalidades que lhe são constitucionalmente atribuídas.

Há, pois, uma tendência refratária a enxergar o direito administrativo como uma atividade de concretização dos direitos fundamentais estampados na Constituição, nos moldes das fórmulas já conhecidas da doutrina alemã: “direito administrativo como direito constitucional concretizado” (Fritz Werner) ou a administração como a “constituição que se torna ativa” (Lorenz Von Stein).<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 25, grifo nosso.

<sup>85</sup> Maurer cita essas duas fórmulas, de Werner e de Lorenz Stein, não para dizer que a administração é um componente da Constituição ou que o direito administrativo é copiado dela, mas que as decisões expressas na Constituição têm de se sedimentar no direito administrativo para se tornarem realidade e que a administração é determinada pelas circunstâncias sociais, econômicas ou políticas do seu tempo. Ademais, as transformações constitucionais não atuam de imediato sobre a administração. Isso leva tempo. É bem por isso, diz ele, que Otto Mayer entendia que “[...] o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”. Conferir MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006. p. 12. Entretanto, Odete Medauar parece sinalizar posição diversa. Sustenta que a frase de Fritz Werner remete a relação entre direito administrativo e direito constitucional à relação já ultrapassada entre direito material e direito processual (quando se entendia que o direito processual era direito adjetivo ao direito material). E o direito administrativo seria adjetivo ao constitucional. Um direito administrativo sem autonomia, subordinado. Alega Medauar, ainda, que parece estranha a ideia de tratar o direito constitucional como “abstrato” e o direito administrativo como “concreto”; um para ocasiões especiais (constitucional) e o outro para o cotidiano da vida do Estado (administrativo). Noutra passagem, Medauar reforça o caráter datado do adágio de Otto Mayer. Diz ela que “[...] não cabe outorgar validade geral à célebre frase de Mayer, que reflete situação histórica precisa”, referindo-se ao período de 1914 a 1917, na Alemanha, com o fim da monarquia e a proclamação da república. Conferir Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, op. cit., p. 149-162.



Permanece, no Brasil, a impressão de que a principal fonte do direito administrativo continua sendo a lei, em vez da Constituição.

De fato, a autonomia do direito administrativo tem servido como resistência à aproximação com o direito constitucional. Como aponta Binenbojm, o próprio “[...] discurso da autonomia científica do direito administrativo serviu de pretexto para liberar os administradores públicos da normatividade constitucional”.<sup>86</sup> Nesse sentido também Silva, ao apontar a doutrina como um dos atores da constitucionalização. Valendo-se da lição de Schuppert e Bumke, a constitucionalização encontra barreira na “[...] luta pela preservação da autonomia de cada disciplina [...]”.<sup>87</sup> Isso porque, para Silva, a constitucionalização poderia implicar não apenas uma mudança de racionalidade, mas ainda uma submissão metodológica ao direito constitucional.<sup>88</sup>

De outra perspectiva, apontar o neoconstitucionalismo como marco teórico influente no direito administrativo e na construção de um modelo de administração pública dotado mais de deveres que de prerrogativas (como o dever de transparência, eficiência e prestação de contas) e vinculado a valores constitucionais (como a dignidade da pessoa humana e a democracia) levanta questões problemáticas no Brasil.

A Constituição de 1988 é o paradigma normativo que instaura o estado democrático e encerra, no plano simbólico e jurídico, a perspectiva autoritária anterior.<sup>89</sup> Entretanto, dado o caráter analítico de uma Constituição com mais de duas centenas de artigos, vê-se que o perfil axiológico inaugurado pela Constituição de 1988 está revestido de uma forte característica compromissória e dirigente. Isto é, a Constituição de 1988 impõe compromissos (ou objetivos) fundamentais a serem concretizados pela administração pública. Na conclusão brilhante de Silva: “[...] aí está o drama de toda constituição dinâmica: ser cumprida”.<sup>90</sup>

Cabe esclarecer, antes de tudo, que é bem verdade que nem todos os direitos contemplados na Constituição têm natureza programática.<sup>91</sup> Há obrigações constitucionais impostas ao poder público que não encerram caráter

<sup>86</sup> Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 19.

<sup>87</sup> Virgílio Afonso Silva, *A constitucionalização do direito*, op. cit., p. 45.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. Dez anos de Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, p. 1-25, out./dez. 1998.

<sup>90</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, op. cit., p. 6.

<sup>91</sup> A respeito do problema da eficácia das normas constitucionais, conferir SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

compromissório. Há deveres objetivos de estatura constitucional que o poder público simplesmente descumpre. Uma dessas regras claras é aquela do artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que reza que “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. A tarefa prevista por essa regra, que deveria ter sua eficácia já exaurida, ainda não foi concluída. Vê-se, desde já, um poder público faltoso em face de regras constitucionais explícitas.<sup>92</sup>

Nesse contexto, fica a dúvida: tem a administração pública atendido a exigência de concretização de direitos fundamentais?

Uma questão que pode ser levantada *exempli gratia* é a da justiça administrativa.<sup>93</sup> Noutras palavras, é examinar se a administração pública brasileira concretiza pela via administrativa os direitos garantidos na Constituição ou se ela atua de maneira a levar o particular a obter essa concretização no âmbito do Poder Judiciário.

Segundo lição de Araújo, cabe falar em jurisdição, num sentido genérico, para a atividade do Estado que dirime conflitos jurídicos. Para ele, “[...] quando uma dessas partes é a própria Administração, o conflito será equacionado em termos de justiça administrativa de cada sistema de direito e de acordo com as características de jurisdição que ele adota”.<sup>94</sup>

Nesse ponto, o direito administrativo brasileiro destacou-se da influência francesa para nutrir-se da fonte do direito anglo-saxão, adotando o *judicial control*. É importante ter essa percepção para “[...] não invocarmos inadequadamente princípios do sistema francês”,<sup>95</sup> como adverte Meirelles. No Brasil, a administração pública não decide com força jurisdicional. Contudo, evidentemente não se nega à administração o direito de decidir.<sup>96</sup> Daí que, administrativamente — ainda que não seja possível falar tecnicamente em “contencioso

---

<sup>92</sup> É imperioso constatar, todavia, que em precedente de 2004, no MS 24.566-2/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu infelizmente que “[...] o prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável”. Conferir MS 24566/DF — Distrito Federal. Relator(a): min. Marco Aurélio. Julgamento: 22/3/2004. DJ 28-5-2004.

<sup>93</sup> Poucos autores usam a expressão. Tem o louvor de falar expressamente em justiça administrativa Edmir Netto de Araújo. Antes dele, José Cretella Júnior. Conferir ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1276. E, ainda, CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10, p. 206.

<sup>94</sup> Edmir Netto de Araújo, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 1276.

<sup>95</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 48.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 48.

administrativo”, como o modelo francês<sup>97</sup> —, o poder público no Brasil decide por meio do processo administrativo, sobretudo em matérias de grande volume, como a previdenciária e a tributária. Segundo Cretella Júnior, o que caracteriza a justiça administrativa é a “[...] controvérsia na qual a Administração entra como parte”.<sup>98</sup>

No que concerne ao tema da justiça administrativa, a questão a ser levantada é a qualidade da decisão administrativa. A má decisão administrativa vai gerar, como reflexo, a judicialização dessa matéria não atendida no âmbito da administração. Assim, negar um direito público subjetivo em face da Constituição gera intervenção do Judiciário, ainda que para garantir o mínimo existencial.<sup>99</sup>

Nesse contexto, a lição de Medauar:<sup>100</sup>

Diferentemente do pensamento que associa justiça, de modo exclusivo, ao Poder Judiciário, coloca-se uma postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça. Tal postura importa em mudança das condutas administrativas inertes ou negligentes, movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos (muitas vezes cristalinos) de cidadãos ou funcionários. Muito comuns se tornaram frases e comentários, em tom de jactância, do seguinte teor: “Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário”, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém. O processo administrativo oferece possibilidade de atuação administrativa com justiça.

---

<sup>97</sup> Quem adverte é José Cretella Júnior, *Tratado de direito administrativo*, op. cit., p. 207.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 206.

<sup>99</sup> O debate da intervenção do Judiciário naquilo que se tem chamado de “controle judicial de políticas públicas” é amplo. Não é o caso, portanto, de investir na questão do custo dos direitos, do mínimo existencial e do controle de políticas públicas. Para ampliação do estudo nesses pontos, conferir, entre outros: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governos pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001; TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York: W. W. Norton, 2000.

<sup>100</sup> MEDAUAR, Odete. *Processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 67. Grifo nosso.

Ademais, nas ações de massa, a insistência do poder público em teses jurídicas perdedoras acaba por abarrotar os escaninhos do Poder Judiciário com milhares de causas semelhantes, nas quais muitas vezes o réu é sempre o mesmo.<sup>101</sup> Segundo relatório de 2011 do Conselho Nacional de Justiça,<sup>102</sup> dos 10 primeiros lugares no rol dos maiores litigantes do Judiciário nacional, seis são entes públicos. Em primeiro lugar encontra-se o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), responsável por mais de 20% das ações ajuizadas, seguido da Caixa Econômica Federal, da Fazenda Nacional, da União, do Banco do Brasil e do estado do Rio Grande do Sul. Na Justiça Federal, o INSS ocupa o primeiro lugar, respondendo por mais de 43% dos processos — a própria União, razão de ser da competência federal, ocupa só o quarto lugar.

Do total dos 100 maiores litigantes no Judiciário, 55 são da administração direta e indireta, entre bancos estatais, pessoas políticas e autarquias. Tais dados reforçam a noção de que o poder público ainda resiste em promover justiça administrativamente e ampliam o debate da judicialização excessiva dos direitos sociais. Assim, conforme Sole, “[...] tradicionalmente, o Direito administrativo não tem estado especialmente interessado nas boas decisões administrativas, senão na revisão jurisdicional das decisões ilegais para proteger os cidadãos frente à Administração”.<sup>103</sup> Ora, negar o direito do cidadão obrigando-o a promover uma ação judicial contra o Estado é atuar pela lógica da ofensa aos direitos fundamentais.

É bem verdade que se pode alegar a indisponibilidade do interesse público como limite ao reconhecimento do direito do particular ou como limite à transação e ao acordo extrajudicial pelo poder público. Mas um detalhe não pode ser esquecido. No campo do direito material, é preciso antes de tudo averiguar se a administração tem razão no conflito, caso em que deverá observar a Constituição e o princípio da legalidade. Isso porque, na lição basilar de Talamini, “[...] se o Estado constata que o particular tem

---

<sup>101</sup> Só em 2012, por exemplo, a Advocacia-Geral da União (AGU) desistiu de mais de 1.200 processos perante o Tribunal Superior do Trabalho (TST). A maioria das causas dizia respeito a teses jurídicas já objeto de enunciado de súmula no TST e que ainda eram desobedecidas no âmbito administrativo. Conferir BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Advocacia-Geral desiste de 1.208 processos no TST entre janeiro e novembro de 2012*. Disponível em: <[www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=222294&id\\_site=3](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=222294&id_site=3)>. Acesso em: 15 dez. 2012c.

<sup>102</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2012i.

<sup>103</sup> SOLE, Juli Ponce. Procedimiento administrativo, globalización y buena administración. In: \_\_\_\_\_. *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*. Madri: Inap, 2010. p. 79-99. p. 89.

determinado direito em face dele, cabe-lhe dar cumprimento a tal direito”.<sup>104</sup> Daí que, ao garantir o direito do cidadão, o Estado não está “abrindo mão” nem dispondo do interesse público.<sup>105</sup> A judicialização volumosa das questões de direito público sinaliza um modelo de administração autoritário e ofensor (e não garantidor) de direitos.

É preciso, pois, afirmar: “[...] se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público”.<sup>106</sup> O poder público pode discutir em juízo uma mesma tese jurídica uma vez, 10 vezes, 100 vezes. Entretanto, ao se ver frequentemente vencida em juízo em milhares de ações e, ainda assim, continuar negando o mesmo direito no âmbito administrativo, a administração pública torna-se autoritária e descumpridora da lei e da Constituição.

Mas, por outro lado, no âmbito federal há bons exemplos de justiça administrativa, como a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), da Advocacia-Geral da União (AGU), instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007.<sup>107</sup>

Outro órgão que promove justiça administrativa é a Comissão de Anistia, do Ministério da Justiça. A Comissão de Anistia merece ser analisada com mais detalhes porque trabalha com o tema do direito à memória e à verdade.

Trata-se de um órgão do governo federal com vínculo direto ao gabinete do ministro da Justiça e composto por 24 conselheiros. Criada em 2001 pela medida provisória nº 2.151-3,<sup>108</sup> a Comissão de Anistia tem a finalidade de examinar pedidos de declaração de anistiado político e conceder a consequente reparação econômica de caráter indenizatório aos atingidos por atos do regime autoritário. Tudo no âmbito administrativo.<sup>109</sup> No caso de já existir

---

<sup>104</sup> TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, p. 58-77, out. 2005.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 58-77.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 58-77, grifo nosso.

<sup>107</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. Câmara de conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Cartilha*. 2012d. Disponível em: <[http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Jul/13/cartilha\\_camara.pdf](http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Jul/13/cartilha_camara.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2012.

<sup>108</sup> Posteriormente revogada pela medida provisória nº 65/2002 e convertida na Lei nº 10.559/2002.

<sup>109</sup> Inclusive o artigo 2º, I, da Lei nº 11.354/2006 prevê expressamente que “[...] o Termo de Adesão a ser firmado pelo anistiado deverá conter expressa concordância com o valor, a forma e as condições de pagamento e, ainda, **declaração de que: I — não está e não ingressará em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido; ou II — se compromete a desistir da ação ou do recurso, no caso de estar em juízo reclamando ou impugnando o valor a ele devido**” (grifo nosso). É dizer, fica vedado o ajuizamento de ação para rediscutir a matéria resolvida no âmbito administrativo. Caso descumpra, o pagamento será suspenso. O STJ tem reiteradas decisões nesse sentido. Conferir recente decisão: STJ. REsp 1328001/RJ. Relator: min. Humberto Martins. *DJe* 25/10/2012.

ação judicial sobre esses assuntos, a lei faculta celebração de transação a ser homologada no juízo competente, autorizando expressamente a Advocacia-Geral da União e as procuradorias jurídicas das autarquias e das fundações públicas federais a celebrar transação nos processos movidos contra a União.<sup>110</sup>

Os poderes administrativos são amplos e envolvem realização de diligências, requisição de informações e documentos, oitiva de testemunhas e emissão de pareceres técnicos com o objetivo de instruir os processos e os requerimentos, bem como arbitramento, com base nas provas obtidas, do valor das indenizações.<sup>111</sup> Interessante apontar, ainda, uma atuação integrada da comissão com o INSS, por meio de pareceres emitidos pela consultoria jurídica do INSS, a pedido do presidente da Comissão de Anistia. Assim ocorre com o Parecer nº 1/2007, por exemplo, que reconhece a possibilidade de cumulação de reparação econômica, no âmbito da comissão, e de contagem de tempo, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, a demonstrar atuação cooperativa do Estado em favor do cidadão.

A Comissão da Anistia é um exemplo importante de atuação administrativa democrática, participativa, consensual e, sobretudo, garantidora de direitos fundamentais.

Nesse quadro ora desenhado, a dogmática do direito administrativo passa a lidar com uma série de situações que impõem a superação de um modelo de administração pública fechada, meramente prestadora de serviços públicos e obediente à lei. A partir da promulgação da Constituição de 1988, principal marco normativo, vão se delineando novos marcos teóricos do direito administrativo, a impor um modo de atuar da administração pública mais fluido, mais permeável, com formas mais maleáveis, que opta pela formação de parcerias, pela informalidade e pela solução consensual dos conflitos.

A principal consequência da aproximação da administração pública e do direito administrativo com a democracia é a abertura para a participação popular. Ao optar por um regime democrático, o cidadão é colocado no centro da relação. Razão assiste a Oliveira ao sintetizar essa implicação:<sup>112</sup>

Parece estreme de dúvidas que a estruturação e a consolidação de uma Administração Pública Democrática, com a observância generalizada do direito à participação nas decisões estatais, representa um inestimável

---

<sup>110</sup> Artigo 20, parágrafo único, da Lei nº 10.559/2002.

<sup>111</sup> Artigo 12, §3º, da Lei nº 10.559/2002.

<sup>112</sup> Gustavo Justino de Oliveira, *Direito administrativo democrático*, op. cit., p. 183.

reforço para que o Estado possa desincumbir-se daquela que é a maior de todas as atribuições no mundo contemporâneo: a de responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais.

Com a democratização, a administração pública indica uma opção clara pela efetivação dos direitos do cidadão, já que este é colocado numa posição central.

#### 4. Democratização: conclusão

O objetivo apresentado neste artigo era traçar um panorama do direito administrativo, não apenas demarcando o momento histórico do objeto de estudo, mas, sobretudo, destacando a permanência de uma teoria ainda focada na posição de autoridade da administração.

Para garantir um modelo de administração pública democrática o direito administrativo precisa desenvolver bases teóricas sólidas propondo uma maior identificação da atuação administrativa com as necessidades da sociedade.

É valiosa a exaltação de Bonavides, já na introdução da sua teoria constitucional da democracia participativa, propondo o direito como espaço de resistência:<sup>113</sup>

As letras jurídicas carecem, pois, de renovação e rumos. A teoria constitucional da democracia participativa segue a trilha renovadora que fará o povo senhor de seu futuro e de sua soberania, coisa que ele nunca foi nem será enquanto governarem em seu nome privando-o de governar-se por si mesmo.

É preciso estabelecer essa relação entre direito administrativo e realidade social porque, feita uma leitura completa da Constituição, além da adjetivação “estado democrático”, cabe salientar seu caráter social. Com o advento da Constituição, “[...] a Administração passa a ter também funções

---

<sup>113</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14.

de assistência e integração social, em cumprimento da exigência de justiça e dos direitos sociais declarados na Lei Maior”, conforme Medauar.<sup>114</sup>

Ora, se o direito administrativo é concebido como o ramo que se debruça sobre as “[...] pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública [...]”,<sup>115</sup> de acordo com a Constituição, o direito administrativo contemporâneo deve deitar olhos para a realidade social brasileira para nela enxergar seu objeto de estudo. Isto é, enxergar na sociedade quais os fins públicos que deverá concretizar. Só a partir daí o direito administrativo poderá dogmatizar a utilização dos bens e da atividade administrativa na consecução dessa finalidade pública.

Num contexto de desigualdades sociais tão gritantes, como é o caso da realidade brasileira, a imediata universalização dos direitos é medida imperativa. Com isso, é possível concluir que a atividade administrativa contemporânea, sob o signo de administração pública democrática, não se justifica mais por simples regras de competência, é dizer, por quantidade de poder conferida por lei. Ao contrário, legitima-se pela pulverização e pela descentralização do poder, por uma atuação mais ampla, participativa, marcada pelo controle do interesse público por diversos atores — sobretudo pelo controle social —, pela necessidade de qualidade e eficiência e, acima de tudo, pelo respeito aos direitos fundamentais.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração pública pluricêntrica. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 54, p. 27-46, 2001.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, p. 9-30, out. 2008.

---

<sup>114</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.

<sup>115</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 48.



BANCO MUNDIAL. *World data bank*. Disponível em: <<http://databank.worldbank.org/ddp/home.do>>. Acesso em: 6 nov. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60.

BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito no Brasil. In: \_\_\_\_ (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1-40.

\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_. Dez anos de Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 1-25, out./dez. 1998.

\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 60, p. 137-179, 2006.

\_\_\_\_. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b. (Temas de direito constitucional, tomo 4).

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós. 1998.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Em defesa da república e da democracia. In: \_\_\_\_; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudieu (Org.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fabio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 723-742.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Advocacia-Geral desiste de 1.208 processos no TST entre janeiro e novembro de 2012*. Disponível em: <[www.agu.gov.br/](http://www.agu.gov.br/)>

sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=222294&id\_site=3>. Acesso em: 15 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Advocacia-Geral da União. Câmara de conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Cartilha*. 2012d. Disponível em: <[http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Jul/13/cartilha\\_camara.pdf](http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Jul/13/cartilha_camara.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2012i.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CLÉVE, Clémerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 27, n. 106. p. 81-98, abr./jun. 1990.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: \_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madri: Trotta, 2009. p. 9-12.

COMANDUCCI, Paulo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madri: Trotta, 2009. p. 83-98.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1971.

\_\_\_\_\_. Prerrogativas e sujeições da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 103, p. 16-32, jan./mar. 1971b.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: \_\_\_\_; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85-102.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. 500 anos de direito administrativo. *Rede*, Salvador, n. 5, p. 1-24, jan./mar. 2006. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/500-anos-de-direito-administrativo-brasileiro](http://www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/500-anos-de-direito-administrativo-brasileiro)>. Acesso em: 27 set. 2012.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 10, n. 40, abr. 2010.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 32-66.

GARCIA DE ENTERRERIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo II*. 4. ed. Madri: Civitas, 1997.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Índice de Gini por década*. Disponível em: <[www.ibge.gov.br/seculoxx/economia/...precos/.../tabela\\_sal\\_3\\_12.xls](http://www.ibge.gov.br/seculoxx/economia/...precos/.../tabela_sal_3_12.xls)>. Acesso em: 6 nov. 2012.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, jan./abr. 2010.

MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. *Processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. t. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: \_\_\_\_\_. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010a.

\_\_\_\_\_. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010b. p. 159-187.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010c.

\_\_\_\_\_. Governança pública e parcerias do Estado: novas fronteiras do direito administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 113-120, 2012.

SANTOS, Boaventura Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Democratizar a democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 457-559.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: ICJP, 2011. p. 547. Disponível em: <[www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook\\_dp\\_completo2\\_isbn.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf)>. Acesso em: 6 nov. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOLE, Juli Ponce. Procedimiento administrativo, globalización y buena administración. In: \_\_\_\_\_. *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*. Madri: Inap, 2010. p. 79-99.

TEITEL, Ruti G. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 16, p. 64-94, Spring 2003.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, p. 58-77, out. 2005.