
A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

 **Editora Fórum**

ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 45	p. 1-258	jul./set. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Bibliotecários: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral	Secretário Editorial Executivo
Romeu Felipe Bacellar Filho	Daniel Wunder Hachem
Diretor Editorial	Conselho Diretivo
Paulo Roberto Ferreira Motta	Adriana da Costa Ricardo Schier
Editora Acadêmica Responsável	Edgar Chiuratto Guimarães
Ana Cláudia Finger	Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Odilon Borges Junior (UFES)
Eros Roberto Grau (USP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)	Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	Sérgio Ferraz (PUC-Rio)
Juarez Freitas (UFRGS)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)	Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dra. Cristiana Fortini (UFMG)	Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil)	Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR)	Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUCPR)	Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG)	Prof. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba)	Prof. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP)	Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá)

O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Bacharelado e Doutorado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, com pós-graduações, cursos, extensões, estágios e especializações brasileiras e estrangeiras. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Procurador-Geral do Estado em 1971, desempenhou diversos cargos no país e no exterior. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Candido Mendes, Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército do Brasil, e, no exterior, Professor convidado da American University (Washington, D.C.), da Universidad Complutense de Madrid e do Centro Europeu de Direito Público (European Center of Public Law). É membro, entre outras instituições, do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Internacional de Direito e Economia, da Association Française des Constitutionnalistes, do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado, do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, da Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires e fundador e presidente do Instituto Atlântico. Professor honoris causa das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil).

Resumo: O presente ensaio tem como objeto a análise das relações entre poder, política, Direito e democracia nas sociedades contemporâneas, avaliando os seus reflexos no Direito Administrativo e traçando perspectivas para esse ramo jurídico no século XXI.

Palavras-chave: Poder. Política. Direito. Democracia. Direito Administrativo.

Sumário: 1 À guisa de introdução sobre o poder – 2 Poder e política – 3 Poder e direito – 4 Democracia, política e direito público – 5 Democracia e Direito Administrativo – 6 Conclusão

1 À guisa de introdução sobre o poder

Convém partir-se de uma breve etiologia do poder nas sociedades humanas — tema central para a Política e para o Direito — enunciando uma evidência: viver é ter necessidades. Mas essas necessidades, ditas vitais, são satisfeitas distintamente pelos seres vivos: nas plantas, pelo tropismo, e nos animais, pelo instinto. No homem, além do instinto, elas são percebidas pela consciência, que a partir delas cria interesses, que, por sua vez, acionam sua vontade, que, com vistas a satisfazê-la, vale-se dos meios disponíveis com capacidade de satisfazê-los, deste modo, gerando poder. Esta sequência define-lhe os elementos — vontade e capacidade — cuja integração sinérgica possibilita, a quem o exerce, alterar a realidade segundo sua vontade.

Mas o poder não atua sem impedimentos, pois, para a satisfação de interesses, opõem-se duas classes de desafios: o do meio físico, para viver, e o

* Ensaio retirado da aula de encerramento proferida no evento promovido pela UniBrasil sob o tema “Direito Administrativo, Democracia e Direitos Fundamentais”, em Curitiba/PR, em 22 de agosto de 2011, por ocasião da outorga solene ao autor do título de Professor Honoris Causa da Instituição.

do meio social, para conviver. Disso decorre que, para superar esses desafios e satisfazer os interesses, o poder deverá ser suficiente para produzir uma ação eficiente, ou seja, que atinja o resultado pretendido por quem o aplica.

E tão importante é desenvolver uma ação eficiente, que, uma vez que algum homem a produza, quando deva atender ao mesmo interesse provavelmente ele a repetirá e tantas vezes quanto seja preciso, gerando um hábito. Ora, esta eficiência não escapa à observação dos que lhe estão mais próximos, que, para obter resultados semelhantes, para satisfazer seus próprios interesses, imitarão essas mesmas ações, difundindo-se como um costume, que uma vez perenizado no grupo pela consciência de sua utilidade comum, transforma-se em uma instituição.

Assim, é o emprego do poder eficiente, repetido, imitado e perenizado, forma, sucessivamente, os hábitos, os costumes, as instituições e, com tempo, as culturas — como complexos institucionais — que, por vezes, florescerão historicamente como uma civilização — entendida como uma realização das qualidades criativas alcançadas por certas culturas, o que afirma a sua essencial importância como instrumento de transformação das sociedades.

Todavia, o problema permanente e imemorial do poder se identifica na existência de relações sociais assimétricas que ele inexoravelmente produz, uma vez que, como não existem dois seres humanos absolutamente iguais, tampouco as suas respectivas vontades e capacidades jamais o serão, possibilitando, individualmente, a imposição de uma pessoa sobre outra e, coletivamente, a de um grupo sobre outro.

Ora, esta é a razão da necessidade de criarem-se costumes e instituições, especificamente destinadas a equilibrá-las satisfatoriamente, que assumem a forma de instrumentos de contenção e de controle, desenvolvidos nas diferentes sociedades, conforme os seus estádios culturais.

Historicamente, como instituições de disciplina do poder, têm atuado a religião, a política e o direito; cada uma delas com seus próprios instrumentos de contenção e de controle que, para este efeito, por sua vez, engendram suas respectivas instituições punitivas. Das três, a religião, a mais antiga delas, durante muito tempo desempenhou um papel preeminente, quando não hegemônico, mas que foi cedendo, na medida em que a política passava a apresentar mais e melhores alternativas para a composição de vontades conflitantes, embora ambas tenham criado as primeiras manifestações históricas de absolutismo. Todavia, aos poucos,

o progresso da vida civilizada gerou costumes laicos, que, de início, espontaneamente adotados, se foram cristalizando lentamente como as primeiras expressões do direito.

Não obstante sua origem consensual e espontânea, que alcançou seu fastígio na Antiguidade Clássica com o jurismo pretoriano, muito do Direito deixou de ser espontâneo para, notadamente a partir do Imperador Justiniano, tornar-se uma vontade politicamente imposta, a ponto de pensadores atuais, como Norberto Bobbio, terem observado a paulatina interação — a juridicização da política e politização do direito — que desde então tem dominado os sistemas civilizados do poder. Cumpre, portanto, que se prossiga este ensaio com uma também breve apreciação dessas duas instituições cratológicas.

2 Poder e política

Em ambas essas instituições, manifesta-se a tragédia e a glória do poder, em sua ambígua natureza de ser, a um só tempo, criador e destruidor, angelical e demoníaco, uma vez que, por meramente instrumental, a sua cor moral dependerá apenas dos fins e dos meios de seu emprego, sempre segundo a vontade — individual ou coletiva — de quem o aplica, de modo que tanto ele será benéfico como maléfico, uma dádiva ou uma maldição para as pessoas, povos, culturas e civilizações.

Ora, entre tantas experiências e retumbantes fracassos históricos, verifica-se que o método de disciplina política do poder que mais tem provado a sua eficiência em razão de seus próprios êxitos e de suas intrínsecas virtudes é a democracia. Dispensando-se entrar em questões polêmicas quanto à sua conceituação, basta aqui se trabalhar com sua dupla feição historicamente apresentada: a do conceito mínimo clássico, predominantemente formal, e a do conceito mínimo contemporâneo, que aponta um predomínio substantivo.

O conceito formal, o mais antigo e que marca as suas próprias origens na planície ática, está referido à escolha dos detentores do poder político pela eleição do grupo social que o gera, variando, embora, no espaço e no tempo, os critérios eletivos.

Já o conceito substantivo tem suas raízes modernas no humanismo, com formulação mais recente e atual desenvolvimento impulsionado pela afirmação contemporânea dos direitos humanos, nele reconhecendo-se valores politicamente indisponíveis inerentes à pessoa, que devem ser

não apenas respeitados e garantidos, como determinar as ações políticas a serem adotadas, ou seja: referido, portanto, não apenas à escolha de seus eventuais dirigentes políticos, mas também à escolha dos meios e dos fins de sua atuação.

Assim é que a expectativa quanto à democracia do século XXI é que não apenas mantenha e aperfeiçoe o seu tradicional aspecto formal, do sufrágio eleitoral, como se lhe acrescente novas formas de participação cidadã nas escolhas públicas, de inovação no aspecto substantivo, com o estabelecimento de condições e de limites axiológicos para dar-se a legitimação de qualquer dessas escolhas — tanto a de pessoas como a de ações políticas — em ambos os casos, sob a marca da crescente submissão do exercício da Política ao Direito.

O certo é que o reconhecimento da superioridade da democracia sobre as demais experiências políticas, nas incontáveis formas vividas pela humanidade, se vem comprovando na breve, mas incisiva história de seu próprio crescimento, que remonta desde sua primeira organização, única, singular e quase inacreditável na Antiguidade Grega, passando pelas experiências da Modernidade ocidental, aos múltiplos exemplos que hoje nos oferece esta surpreendente Pós-Modernidade, caracterizando o que se tem apropriadamente denominado de “ressurgência global da democracia” (para evocar aqui o sugestivo título da obra coletiva organizada por Larry Diamond e Marc F. Plattner, reunindo expressivos nomes de cientistas políticos, publicada pela The John Hopkins University Press: Baltimore e Londres, em 1996).

Desta obra e a partir dela, é possível distinguir algumas etapas do recente robustecimento contemporâneo da democracia, definidas a partir de seu ressurgimento na Idade Moderna, depois de vinte e dois séculos, como um regime político constitucionalizado, com a Revolução Americana de 1776, até alçar-se hoje como regime político hegemônico deste século, como um ideal e uma aspiração comum das quase duzentas nações do Globo:

1ª etapa — de 1776 a 1874 — a de sua implantação moderna nas Constituições de países da Europa e das Américas, com uma expansão que seria lenta em razão da proliferação das ideologias que pregavam vários modelos autocráticos, quando não cinicamente se apropriavam da qualificação “democrática” para aproveitar-lhe o carisma;

2ª etapa — de 1974 a 1990 — a de sua primeira ressurgência, como consequência da derrota dos regimes nazi-fascistas na Segunda Guerra Mundial, e da reconstitucionalização que atingiu cerca de 30 países na Europa, Américas, África e Ásia;

3ª etapa — de 1990 a 1995 — a de sua segunda ressurgência, desta vez em razão do ocaso das experiências comunistas na Rússia e nos países da Europa Oriental, produzindo mais 36 reconstitucionalizações, chegando a 117, o número de países com, pelo menos formalmente, Cartas Políticas democráticas (de um total de 191 Estados membros da ONU) e

4ª etapa — a atual — emblematicamente marcada pela propagação da primavera islâmica, na qual povos da área se arregimentam de vários modos com vistas a eliminar ou reduzir as formas políticas teocráticas e autocráticas dominantes em seus países; um movimento que representa não apenas uma recuperação global do curso de adesão aos valores, como expressivas demonstrações dessas populações de sua crescente confiança universal nas instituições democráticas.

3 Poder e direito

Sinteticamente, o Direito pode ser apresentado como uma instituição de controle do poder que foi lentamente desenvolvida em três fases históricas: a da convenção, a da imposição e a do contrato.

A origem antropológica das instituições jurídicas é a convenção: um pacto tacitamente cultivado em grupos que pautam sua convivência por normas costumeiras, que constituíram, assim, a sua primitiva manifestação, induzindo a todos, com implícito consenso legitimatório, a coibir manifestações antissociais de poder.

Mais tarde, os grupos humanos passaram a instituir centros de poder, aos quais, em troca da segurança e de uma tosca modalidade de justiça que lhes proporcionariam, adquiriam uma presumida legitimação para substituir a tácita origem consensual consenso tácito de normas autônomas, pela expressa imposição de normas heterônomas, dando surgimento às primeiras manifestações do que, mais tarde, se desenvolveria como um Direito Público.

O desenvolvimento posterior desse Direito imposto seria abrangido pelo surgimento da ficção do contrato entre a sociedade e os centros de

poder, que passaria a fundar sua presumida legitimação para o exercício do mando, já não mais em razão de sua investidura, que autorizaria o exercício do arbítrio, mas em razão do presumido pacto legitimatório e limitado pelas respectivas cláusulas tidas como entre ambos pactuadas. É nesta fase que se registra o surgimento das primeiras manifestações modernas da democracia, enquanto sofisticada técnica social de acesso, detenção, exercício e controle do poder.

4 Democracia, política e direito público

O advento da democracia muda radicalmente o rumo da política e passa a exigir um Direito Público bem mais definido e rigoroso em termos de detenção, exercício e controle do poder, ou seja: a construção de um direito democrático especificamente dirigido a reger relações assimétricas entre centros institucionais de poder e os seus respectivos destinatários.

Todavia, como já exposto, em sua primeira manifestação sua instituição foi preponderantemente instrumental — uma democracia formal — que, substancialmente, apenas exigia o consentimento legitimatório de quem deve governar, para tanto munida de seus institutos clássicos, regedores de processos eletivos e dos partidos políticos, desenvolvidos durante a modernidade; mas, aos poucos, a partir dela, tornou-se viável torná-la também equilibradamente material — uma democracia substantiva — que demanda, em acréscimo, o consentimento legitimatório do como se deve governar, pendente de sofisticados processos de aperfeiçoamento de Direito Público pós-moderno, aliás, uma característica dinâmica deste regime ainda em construção.

A mais importante manifestação da etapa moderna, em que se deram as condições sociais para a maturação do Direito Público foi, sem dúvida, o Direito Constitucional, que se tornou o fundamento geral do Estado, que, inicialmente, caracterizou historicamente o Estado de Direito, para, em sua evolução, mais recentemente, transformado pelo influxo político do novo conceito material de democracia, expandir-se para se tornar o fundamento geral do Estado e do seu Direito, caracterizando contemporaneamente o Estado Democrático de Direito.

Para a efetivação do novo conceito constitucional democrático ampliado, que se irradia sobre todos os desdobramentos disciplinares do Direito, notadamente três de seus ramos públicos estão sofrendo consistentes alterações — o Direito Eleitoral, o Administrativo e o

Tributário — de modo a integrar e dar operatividade a esse esperançoso predicado democrático, tal como apontado para o mundo pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

De uma parte, o Direito Eleitoral, assomando como ramo operativo da democracia formal, conformando o estatuto da cidadania, ao regular os instrumentos de sufrágio e os partidos políticos. De outra parte, o Direito Administrativo como ramo operativo da democracia substantiva, ao regular as relações assimétricas entre o Poder Público e as pessoas a que deve servir, que passa a ser o tema que concentra e com o qual se culmina esta exposição, coadjuvado pelo Direito Tributário, democratizando as antigas relações impositivas draconianas de imposição do Fisco.

5 Democracia e Direito Administrativo

E, sob esses aspectos, não basta que os atos do Poder Público — não importando de que natureza — procedam de entes ou órgãos formalmente legitimados para que se os possa caracterizar como democráticos, pois o que passou a imprimir à substância desses atos tal caráter são, hoje, sobretudo, os princípios que reverenciam.

Com efeito, o positivismo jurídico, que havia levado o formalismo e o dogmatismo jurídico a uma excessiva preeminência, minimizando a necessidade e a importância da axiologia e do conteúdo substantivo na aplicação da lei, havia abastardado a Ciência do Direito, ao desvinculá-la dos valores que sempre orientaram a sua formação, seu desenvolvimento e, principalmente, a sua aplicação, desde suas remotas origens.

Haviam sido, assim, as suas próprias contradições do positivismo, que arrogava o status de ciência dita “pura”, por prescindir dos valores que a tornam humana, e, sobretudo, por seus catastróficos erros históricos, que, culminando com mais de meio século de incontáveis abusos do ser humano, que encontravam nas leis a vontade dos governantes de plantão e não a sua, auspiciosamente acabaram despertando a consciência dos povos para a necessidade de refundir os valores que haviam sido perdidos pelo Direito, esvaziado pela fria lógica dominante do Estado-potência, que se instalara ecumenicamente, possibilitando o ressurgimento dos princípios jurídicos.

Mas este retorno já não se daria mais como meros elementos informativos dos legisladores e dos intérpretes, como haviam sido apenas tolerados no fastígio da dogmática positivista, mas como autênticas

normas jurídicas, portanto, portadoras de eficácia própria, para expressar os valores, as finalidades e os interesses capitais indisponíveis da natureza humana, entendidos, como as próprias vigas mestras da convivência social e, por isso, de todo o Direito, passando a se refletir nos textos legislativos e, de modo especial, nas Constituições pós-modernas, como, destacadamente, veio a sê-lo na Carta Política brasileira de 1988.

Assim é que, no campo do Direito Administrativo, as relações entre o Estado, como administrador de interesses públicos constitucionalmente postos a seu cargo, e os seus administrados, credores da realização desses interesses, também devem pautarem-se, além da observância das regras legais emanadas dos órgãos legitimados, por princípios de direito, que expressam esses valores indispensáveis e irrenunciáveis das sociedades democráticas.

Em uma primeira e ampla apreciação sobre esses princípios democráticos aplicáveis ao Direito Administrativo pós-moderno, tal como vem sendo construído habermasianamente pelas gerações do final dos últimos decênios do século passado e dos dois do início deste, eles podem ser classificados como princípios gerais e como princípios especiais, a seguir sucintamente mencionados.

PRINCÍPIOS GERAIS

Podem ser considerados como princípios gerais, sem prejuízo de outros, que se ajuntem ao rol, o da supremacia da pessoa humana; o da juridicidade; o da publicidade; o da realidade; o da responsabilidade; o da responsividade; o da sindicabilidade; o da sancionabilidade; o da ponderação; o da subsidiariedade, o do devido processo da lei e o do controle.

O princípio da supremacia da pessoa humana, considerada tanto como indivíduo — definido como o da dignidade da pessoa humana — e como membro da sociedade — definido como o da cidadania, é, na verdade, a expressão de um postulado — o da supremacia do homem sobre suas próprias criações.

Surge como uma ideia força que tem sua trajetória histórica traçada desde Protágoras, que o definiu como medida de todas as coisas, e com sua primeira grande elaboração teórica no Direito Natural, desde Cícero, em suas sucessivas expressões, tais como em sua

redescoberta pelo humanismo, já em sua elaboração moderna e na sua atual revalorização pós-moderna, em que se transfigura como um princípio supraconstitucional e universal, fundamento da própria civilização.

Seu recebimento explícito, primeiro, nas declarações de direitos do homem e, depois, nas declarações de direitos fundamentais constitucionalizadas, atesta essa capital importância, como, de modo especial, sua destacada inclusão nos documentos constitutivos da União Europeia, acompanhado da afirmação solene da inviolabilidade da pessoa humana, o que assinala não apenas a importância como a inequívoca afirmação de um megaprincípio do Direito, com seu conteúdo de precedência lógica e ética sobre o Estado e seus desdobramentos políticos. Tais as conclusões que, em igual sentido, resultam de sua destacada explicitação no art. 1º, III, da Constituição brasileira de 1988.

O princípio da juridicidade, como submissão do agir ao Direito, é condição da convivência social de imemorial concepção no processo civilizatório, consistindo, a essência deste princípio, no fato de determinadas condutas ou inações estarem juridicamente prescritas, uma vez que se parte da regra geral para a convivência das pessoas em sociedade da liberdade de ação.

Porém, se a liberdade é a regra para os indivíduos, em reverência ao princípio da dignidade da pessoa humana, a submissão do agir do Estado ao Direito será sempre obrigatória, pois o Poder Público não pode atuar, sob hipótese alguma, fora das pautas que lhe forem cometidas.

Se, por isso, no Direito Privado, prevalece o princípio da liberdade, que reconhece aos indivíduos a autonomia da vontade, atuando a lei como um limite da ação, no Direito Público, ao revés, não existe qualquer liberdade no agir por parte do Estado, neste caso, devendo atuar o Direito como o seu único e próprio fundamento de ação. Tal princípio, como assim já o denominava Adolf Merkl em 1927, engloba atualmente três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, passando a allear-se como o mais importante dos princípios instrumentais da Ciência do Direito, ao informar, entre muitas teorias de primacial relevância na atual dogmática jurídica, as que tratam das relações jurídicas, das nulidades e do controle da juridicidade.

É possível, inferir dos textos, que o atual princípio da juridicidade corresponde ao que se tem também enunciado, por influência da herança do positivismo jurídico, como um princípio da legalidade “em sentido amplo”,

entendido, portanto, desde que não se o restrinja a submissão devida apenas à lei, mas a todo o ordenamento jurídico.

O princípio da publicidade é tanto um requisito lógico, como uma condição para a execução de ofício do Direito pelo Estado exigido para a produção de quaisquer atos, abstratos ou concretos, uma vez que só a abertura do seu conhecimento a todos permitirá que se tenha deles conhecimento, bem como aferir-se se obedeceram ao que, em abstrato, para sua edição se prescreveu, pois só assim se possibilita submetê-los a controle de sua juridicidade.

Não por outra razão, no Direito Público e, em particular, no Administrativo, este princípio assoma como instrumento indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, uma vez que será pela transparência dos seus atos, ou, como mais adequadamente ainda pode se expressar — por sua visibilidade — que se tornará possível constatar de sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em consequência, aplicarem-se as várias modalidades de controle nela previstos.

É, todavia, sob outros aspectos que, para este discurso, se revela especialmente importante: por se constituir em direito fundamental do administrado, uma vez que, sem que seja possível o acesso aos atos praticados pelo Poder Público, tornar-se-ia impossível controlar-lhe a ação, o que, em última análise, inviabilizaria a sustentação dos direitos fundamentais e tornaria uma falácia o próprio Estado Democrático de Direito.

O princípio da realidade prescreve a coerência entre a realidade e o direito: como uma disciplina de comportamentos interpessoais, que se apresentam como fatos reais da convivência social, deve ser consequente com o que efetivamente ocorreu, ocorra ou possa ocorrer. Assim, na manifestação de vontade, o sujeito deve ser real, como reais deverão ser necessariamente: o motivo de agir, o objeto da ação e o seu resultado.

Um falso fundamento motivador não pode validar a manifestação de vontade jurígena, salvo se a própria lei admiti-la como ficção e, do mesmo modo, um objeto de realização materialmente impossível invalida qualquer manifestação de vontade. Tanto as normas jurídicas quanto os seus desdobramentos de execução, administrativos e judiciais, não devem enveredar pela fantasia nem, tampouco, podem exigir o irrealizável, como bem se exprime no antigo brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*.

Mas o Direito Público, em especial, por ter em seu campo de ação um expressivo contingente de interesses indisponíveis, não se pode

perder em formulações quiméricas e pretensões impossíveis, porque estaria fugindo, ademais, à sua finalidade, já que, sob este princípio, os comandos da Administração, abstratos ou concretos, devem satisfazer todas as condições objetivas para serem efetivamente cumpridos em favor da sociedade a que se destinam.

De resto, o sistema legal-administrativo não pode se constituir em um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas em instrumento sério de cumprimento da ordem jurídica, na disciplina possível da realidade da convivência humana. A desatenção a este princípio se comunica nefastamente a toda a ordem jurídica, pois concessões à irrealidade levam ao descumprimento habitual das normas, ao desprestígio da autoridade constituída e à banalização da lei, e daí, como na advertência de Agustín Gordillo, afinal, à desmoralização de todo o sistema.

O princípio da responsabilidade, que é o dever de responder pelo injusto praticado, é tão antigo quanto o próprio Direito. Desde as mais primitivas comunidades já se procurava identificar o violador das normas para aplicar-lhe sanções. No Direito Público estruturado, a responsabilidade é pedra angular do sistema, porque, se todos devem responder por seus atos, com muito maiores razões, deve fazê-lo o Estado, até mesmo por ser o responsável direto pela manutenção da ordem jurídica, dever este extensivo a seus agentes, que livremente assumem o múnus de executar as várias e distintas funções que essa mesma ordem jurídica se lhes impõe.

Assim, para que os entes, órgãos e agentes do Estado desempenhem os respectivos cometimentos no exercício da administração pública, recebem todas definições específicas de suas competências para agir, a cada uma delas, correspondendo equivalentes responsabilidades, de modo que, quanto mais extensa e mais demandante a competência outorgada, maior e mais grave a responsabilidade de quem toca exercê-la.

No Direito Administrativo, a responsabilidade geral de agir segundo o comando da lei e do Direito, se acresce a correlata responsabilidade específica de não deixar de agir, existindo, assim, para cada específica manifestação do poder de agir, um correlato dever de agir. Como elegantemente sintetiza Hely Lopes Meirelles, “se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público, o poder de agir é uma imposição, é um dever para o agente que o detém. É um poder-dever”.

Tenha-se em vista, assim, que é mais grave a responsabilidade do agente no Direito Administrativo, que no Direito Privado, em que ela se manifesta sob um princípio apenas limitativo, o do *neminem laedere*, bastando a ninguém lesar. Observe-se, ainda, por isso, que este princípio da responsabilidade, de natureza substantiva, gera um dever derivado, para todos que tenham cometimentos de natureza pública, que é o de prestação pública de contas, o que pressupõe, por sua vez, um dever de tomar contas, que constitui o núcleo do princípio da sindicabilidade.

Com efeitos semelhantes, o princípio da responsividade está diretamente conotado à democracia. Se o responder pela ilegalidade é dever tão antigo quanto o próprio Direito, o responder pela ilegitimidade é tão recente quanto a consolidação histórica da democracia como regime dominante na cultura ocidental.

Este princípio vem, por este motivo, complementar o correlato princípio da responsabilidade, ampliando-lhe os efeitos, para, além da legalidade estrita, inspirar e fundar ações preventivas, corretivas e sancionatórias voltadas à preservação do princípio democrático e, deinde, da legitimidade, que vem a ser a qualidade que decorre de sua observância.

Na verdade, tomada em seu sentido mais dilatado, a responsividade, tal como surgiu, a partir dos estudos sobre a participação política, é um princípio instrumental da democracia, uma vez que se destina a salvar o núcleo significativo da legitimidade, conciliando a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade na ação pública. Por isso, apresentada como complemento atualizador da responsabilidade, a responsividade consiste no coerente comportamento esperado dos agentes públicos nas democracias — devendo ser, por isso, fiscalizada e exigida — em concordância e obediência à soberana vontade dos governados.

Neste sentido, a responsividade está para a realização do Estado Democrático assim como a clássica responsabilidade está para a realização do Estado de Direito. Nesta mesma linha de ideias, responsabilidade e responsividade são princípios complementares, ambos indispensáveis para a construção de um conceito integrado de Estado Democrático de Direito.

Em razão do exposto, pode-se afirmar que, nas democracias contemporâneas, a responsividade é hoje um dever jurídico autônomo dos agentes do Poder Público, sempre que disponham de competência para perfazer escolhas discricionárias quando devam responder adequadamente

às demandas populares, regularmente manifestadas, gerando correlato direito da cidadania.

Efetivamente, a responsividade democrática já é devida pelos agentes públicos mesmo a partir dos estamentos legislativos do Estado, pois, desde a produção da norma legal, impende que todas as demais manifestações do Poder Público devam ser legítimas, daí encontrar-se esse dever particularmente exigente nos meandros do exercício da discricionariedade e representar um formidável desafio para o desenvolvimento coerente do novo tipo de controle específico de legitimidade, a ser desenvolvido, desse modo, profundamente imbricado no controle da discricionariedade, já explicitado constitucionalmente no art. 70, caput, da Constituição.

O princípio da sindicabilidade se apresenta como uma necessária consequência dos princípios substantivos da legalidade e da legitimidade e dos correspondentes princípios adjetivos da responsabilidade e da responsividade, aos quais se acresce o igualmente princípio substantivo da moralidade administrativa, gerando uma correspondente responsabilidade ético-administrativa.

Com efeito, se não for possível perquirir-se a ocorrência das violações dos princípios substantivos, que conformam em seu conjunto o quadro integral da juridicidade, e, ainda, por extensão, na iminência de virem a ser violados, todo o sistema jurídico ficaria inane e frustrado.

A sindicabilidade é, portanto, a possibilidade jurídica de submeter-se qualquer lesão de direito e, por extensão, as ameaças de lesão de direito, a algum tipo de controle. Assim, no campo do Direito Público, este princípio da sindicabilidade, de natureza instrumental, informará todas as teorias de controle do poder público, envolvendo a competência, a provocação, os processos e os efeitos das decisões na aplicação dos instrumentos disponíveis.

O princípio da sancionabilidade refere-se à aceitação ou ao repúdio da ordem jurídica a certa conduta, informando a instituição de estímulos de encorajamento ou de desencorajamento à sua prática, sob a forma de dois tipos de sanções: as sanções premiais e as sanções afitivas.

As atividades sancionatórias do Estado se têm multiplicado exponencialmente a partir do século XIX, para atingir todos os ramos jurídicos, respeitando a forma garantista autônoma e genérica desenvolvida no Direito Penal, registrando-se, no campo do Direito Administrativo, um significativo desenvolvimento, não apenas no sentido de aperfeiçoar

os sistemas concebidos para as sanções afitivas, como, por outro lado, cultivar a aplicação das sanções premiais.

Com efeito, desde os três últimos decênios do século XX, na doutrina e na jurisprudência europeias, mais recentemente no âmbito comunitário, por entenderem que as sanções administrativas, tradicionalmente consideradas como circunscritas ao campo de atividade administrativa de polícia, se constituem como uma manifestação peculiar do *ius puniendi* geral do Estado, inclusive dirigida à tutela de outros valores da sociedade que transcendem o âmbito administrativo clássico da polícia, para aplicá-la nas atividades regulatórias, próprias do ordenamento econômico e do ordenamento social, e, por isso, dando-lhes um tratamento integrado para esses campos, que inclui o reconhecimento de uma aplicabilidade limitada de certos princípios tradicionais da penologia criminal, no exercício pelo Estado de todas suas demais funções punitivas.

Com efeito, este novo ramo de estudo, que se desenvolve sob o título didático de Direito Administrativo Sancionador, ou Direito Administrativo Sancionatório, ao considerar integradamente e em sistema o conjunto das sanções administrativas aplicáveis em todos os demais campos de atuação administrativa — o da polícia, o dos serviços públicos, o do ordenamento econômico, o do ordenamento social e, em certas circunstâncias, até o do fomento público — parte do reconhecimento de que, no plano metanormativo, todas aquelas sanções administrativas em nada se diferenciam das sanções penais, embora, no plano normativo, inexista esta identidade.

E, até mesmo, por não serem idênticas, as sanções, administrativas e penais, mas por serem as mesmas as pessoas delas destinatárias, assoma com crescente importância todo esse estudo integrativo, que no Brasil tem sido em boa hora encetado por Fábio Medina Osório, do qual, como se assinalou, só pode resultar o avanço da Ciência Jurídica, mais particularmente, para a boa aplicação de instrumentos sancionatórios reverente aos princípios fundamentais, que indiscriminadamente prestigiam a dignidade da pessoa humana, em todos os campos do Direito Administrativo, que são assim beneficiados pela redução de imprecisões e de ambiguidades, e, sobretudo, por um apreciável progresso da democracia, por conduzir, em suma, ao aperfeiçoamento da cidadania.

O princípio da ponderação ou da ponderabilidade parte do método desenvolvido para se solucionar os aparentes conflitos normativos na aplicação de princípios, aos quais não tem aplicação o tradicional método

subsuntivo, próprio para os conflitos normativos de regras. Aparentes, diz-se, porque, distintamente do que ocorre com as regras preceptivas de conduta, a eventual colidência entre princípios antagônicos não leva à derrogação de nenhum deles, mas a um dever jurídico de bem harmonizá-los.

Ora, se exsurge, nessa hipótese, um dever de ponderação, tem-se muito mais que um método ou o resultado de sua aplicação, mas de um princípio jurídico autônomo, tão importante quanto qualquer outro de natureza instrumental, pois sua função é a de concorrer, tanto para orientar o legislador para a formulação do melhor preceito em abstrato, quanto para orientar o aplicador para atingir a mais perfeita observância da ordem jurídica em cada caso concreto.

O objeto da ponderação situa-se no nível mais apurado dos processos interpretativos, onde estão em jogo os valores, interesses, bens, liberdades e, coroando-os, os direitos fundamentais, daí a relevante diferença entre uma aplicação meramente normativista, ainda que informada com preocupação sociológica ou histórica, mas limitada à expressão positiva dos preceitos, e a superior aplicação valorativa, que considera componentes axiológicos e teleológicos do Direito, por isso, justamente assim chamada, na linha exegética da jurisprudência de valores, que se sucedeu mediatamente à tradicional corrente, da jurisprudência dos conceitos e, imediatamente, à intermédia, que lhe serviu de transição, da jurisprudência sociológica da vertente doutrinária anglo-saxônica.

O princípio da subsidiariedade diz respeito às relações postas, de um lado, entre os níveis de concentração de poder e, de outro, entre os respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos. Trata-se de atualíssimo princípio do poder, cuja origem histórica remonta às práticas políticas da Confederação Helvética, que teve a divulgação de seus méritos favorecida e estimulada pelo magistério da Igreja Católica, a partir da orientação da Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, que nela o enunciou claramente, tendo sido mais recentemente difundido e estudado com maior interesse em razão de sua adoção nos avançados sistemas jurídicos do constitucionalismo alemão de Bonn e do direito comunitário europeu, tal como adotado em seus diplomas constitutivos.

A subsidiariedade prescreve um escalonamento de atribuições entre entes ou órgãos, em função da dimensão e complexidade do atendimento dos interesses das sociedades. Cabe, assim, primariamente, às pessoas decidirem e agirem para satisfazerem seus inerentes interesses individuais,

e, apenas secundária e sucessivamente, aos entes e órgãos, sociais ou políticos instituídos para tomar decisões sobre interesses coletivos.

Similarmente, no escalonamento de responsabilidades para o atendimento de interesses coletivos, cabe aos grupos sociais menores, por suas próprias organizações civis, decidirem e agirem para sua satisfação; aos grupos sociais maiores, também por suas organizações civis, decidirem e agirem em prosseguimento de interesses coletivos de maior abrangência; e à sociedade civil, como um todo, por suas organizações civis de âmbito geral, decidir e agir para o atendimento de seus interesses gerais que lhe são comuns.

Assim é que, somente aquelas demandas de atendimento que, por sua própria natureza, em razão de sua escala, de sua complexidade ou da necessidade de uma ação concentrada ou de natureza coercitiva, inclusive com centralização de recursos, não puderem ser providas pela própria comunidade, através de suas organizações, deverão ser cometidas às organizações políticas constituídas, que, por isso, deverão atuar sempre subsidiariamente às organizações civis da sociedade.

Mas a atuação dessas concentrações de poder instituídas nas organizações políticas deverá, por sua vez, obedecer ao mesmo princípio sucessivo, ou seja: as demandas que puderem ser atendidas pela organização política local, tais como o Município, o Condado, a Comuna etc., determinarão suas respectivas competências político-administrativas; as que não possam ser satisfeitas por meio de decisões e de ações locais deverão passar à organização política regional, ou intermédia, tais como o Estado, a Província, o Cantão, a Região Autônoma etc.; as que ultrapassem as possibilidades das organizações regionais, em razão de sua amplitude ou peculiaridade, serão cometidas à organização política nacional soberana, como sejam a União, o Reino, o Estado Nacional etc., que poderão ser dotadas de todas as competências necessárias para atendê-las diretamente, bem como as necessárias para negociar, sempre sucessivamente, com as concentrações de poder transnacionais, soberanas ou não, sejam públicas ou privadas, a satisfação indireta ou coordenada dos interesses dos respectivos países.

No nível subsequente, o princípio da subsidiariedade ultrapassará, por fim, as fronteiras políticas nacionais dos Estados, para informar, do mesmo modo sucessivo, a ação das organizações sociais ou das políticas de âmbito internacional, multinacional ou supranacional, que, sempre na mesma linha, só deverão ter decisão e atuação se e quando as organizações

políticas nacionais entendam não terem condições de satisfazer por seus próprios meios a certos interesses dos respectivos países.

Em todas as hipóteses, vale observar, como regra geral, estará sempre proscria qualquer ingerência de esfera superior sobre a inferior, pois a definição de subsidiariedade da superior em relação à inferior, jamais deverá levar à minimização, destruição ou absorção dos entes menores, até porque, estes, por estarem mais próximos dos indivíduos, apresentarão em princípio melhores condições de conhecerem e de atenderem legitimamente as suas necessidades fundamentais, bem como as de serem por elas controlados quanto a seus resultados, daí sua importância para a realização do princípio democrático.

Ao contrário, porém, a mais relevante ação que possa ser exercida, partindo do ente maior em relação aos menores, será sempre a de coordenar decisões e ações coletivas, para que todos, entes estatais ou não estatais, se desenvolvam e atuem em sua plenitude em regime de mútuo apoio. É neste sentido que se pode afirmar que o princípio da subsidiariedade informa todo o Direito Público, embora, de modo especial, essa complexa articulação das atribuições administrativas afetas ao Estado, bem como a distribuição interna de cada uma delas entre seus respectivos entes e órgãos.

A efetiva aplicação do princípio da subsidiariedade, de natureza substantiva, no âmbito da administração pública, embora ainda incipiente no Brasil, certamente se aperfeiçoará na medida em que ganhem força os conceitos de descentralização e de coordenação, o que envolverá tanto a tradicional atividade imperativa, como a renovadora atividade consensual do Estado.

O princípio do devido processo da lei é um instrumento do Direito Público, conexo ao princípio da publicidade, já examinado, que prescreve a rigorosa submissão da ação do Estado a estritas exigências formais, em obediência a necessários sequenciamentos de seus atos, que serão constitucionalmente inafastáveis, sempre que possam atingir a liberdade ou os bens de uma pessoa (art. 5º, LIV, da Constituição).

Essas compulsórias formalidades não derivam de princípios trazidos da Ciência da Administração, embora possam ser também de utilidade informativa, mas decorrem da necessidade jurídica de assegurar-se a ostensiva satisfação dos requisitos constitucionais de aberta atuação do Poder Público, possibilitando sua previsibilidade e pleno conhecimento.

Assim é que, no Direito Público, nenhuma decisão pode prescindir da observância de normas procedimentais mínimas, que garantam, entre

outros valores, o conhecimento, em geral; a intervenção, na forma admitida, e a sindicabilidade, na acepção mais ampla.

O princípio do devido processo da lei, ou da processualidade, até então tomado em seu aspecto instrumental, veio a se tornar a pedra angular dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, ao se tornar, por construção jurisprudencial, substantivamente expandido para incluir a preservação substantiva das liberdades e dos valores correlatos.

Assim é que este princípio, ampliado neste sentido polivalente — formal e material — tal como se encontra positivado na Constituição de 1988, informa, em particular, no Direito Administrativo, o princípio da motivação dos atos administrativos, bem como a vários outros importantes princípios instrumentais de caráter procedimental dele decorrentes, com particular importância para a sustentação da democracia substantiva, como, exemplificativamente, o são o do contraditório e o da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição), assim como o da razoabilidade.

O princípio do controle se infere, como gênero, de todas as suas específicas e reiteradas previsões constitucionais, ainda porque, a efetivação de todos os seus comandos depende da possibilidade de todos os atos revestidos de poder público poderem ser amplamente investigados e, se necessário, revistos, para serem corrigidos se atentatórios à ordem jurídica.

O controle pode ser exercido tanto de modo difuso, formal ou informalmente, pela sociedade, como de modo concentrado e sempre formal, pelos órgãos do Estado constitucionalmente habilitados para exercê-lo, tendo como instância final o sistema jurisdicional.

PRINCÍPIOS ESPECIAIS

Podem ser considerados, entre outros, como princípios especiais quanto à sua aplicação à Disciplina: o da participação; o da consensualidade; o da eficiência e, de certo modo, sintetizando-os, o da boa administração.

O princípio da participação cidadã, aqui tomado restritamente em relação à Administração Pública, deriva-se de sua expressão juspolítica mais ampla, como da própria essência da democracia. Por ser gregário por natureza, o homem tende a integrar-se no grupo em que convive, a partir da consanguinidade. No decorrer do processo histórico-cultural de pluralização da convivência, essa integração passa a envolver um

número cada vez maior de grupos, ou de círculos convencionais, que se vão formando em diversos setores e locais, como os da moradia, da caça, da agricultura, do pastoreio, das manifestações religiosas, que mais tarde se vão desdobrando em locais de trabalho, de prática de esportes, de atuação política, o clube, o bairro, a rua etc.

É, assim, normal, que cada indivíduo se sinta estimulado a participar de decisões coletivas tomadas em cada um desses vários círculos de sua convivência, particularmente, as que dizem respeito a seus interesses políticos e, conseqüentemente, a seus interesses administrativos, por serem estes os que tocam mais de perto o dia a dia das pessoas, constituindo um fato decisivo para desenvolver um saudável sentido de cidadania e de responsabilidade pela coisa comum.

Por outro lado, a democracia então preponderantemente representativa, como tradicionalmente praticada, que se exerce pela participação mínima em sufrágios eletivos de mandatários populares para o desempenho de cargos políticos — e, no caso brasileiro, de legisladores e de governantes nos seus três níveis federativos — se tem mostrado insuficiente no mundo atual como instrumento de legitimação de condutas públicas, daí o estímulo, cada vez mais intenso, para o exercício de outras formas de participação cidadã, ampliadas no conceito de democracia participativa.

Tais formas novas de participação, direta e semidireta, se abrem nos campos da legislação, da administração pública e da provocação judicial, na forma de atuações prescritas tanto na Constituição como em várias normas infraconstitucionais. Sua previsão constitucional genérica (art. 1º, parágrafo único) desdobra-se na instituição de modalidades administrativas específicas, uma vez que qualquer instituto, através do qual se devolva poder ao povo, portanto à sua origem, será sempre não só possível como desejável, desde que a própria Lei Maior não haja expressamente condicionado o emprego de determinada modalidade para evitar possíveis abusos demagógicos do instituto, como efetivamente o fez nos casos da exigência de autorização para referendo e da convocação de plebiscito, que ficaram sob reserva de decisão do Congresso Nacional.

A participação política, como lídima expressão da consciência social, se constitui como gênero em que é espécie tradicional a modalidade rousseauiana da representação política, alteando-se a princípio instrumental para a realização plena da democracia, daí sua menção reiterada em vários dispositivos constitucionais, a começar pelo, já mencionado,

art. 1º, parágrafo único, que contém expressa previsão de exercício direto da democracia.

O princípio da participação está intimamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio das pessoas em sociedade de influir de algum modo nas decisões de poder que repercutam sobre seus respectivos interesses; é nessa linha que se estão produzindo as transformações dos modelos simples de democracias representativas em modelos politicamente mais complexos de democracias participativas, possibilitando aos cidadãos, na tersa lição de Jean Rivero, não apenas escolher quem os governará, mas como querem ser governados.

Esta ampliação juspolítica do conteúdo da cidadania faz do princípio da participação um conceito abrangente de todas as formas de ação do Estado e instrumento indispensável para valorizar o princípio substantivo da legitimidade, dando-lhe efetividade no modelo contemporâneo de Estado Democrático de Direito, tal como vem consagrado, na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em vários dispositivos, notadamente no caput do art. 1º, que assim redefine o País; no parágrafo único do mesmo artigo, em que declara a origem do poder político no povo e seu exercício tanto pela representação quanto pela participação, e, ainda, no art. 14, do Capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, ao estabelecer, vestibularmente, as modalidades de participação direta e semidireta, extensíveis ao âmbito da Administração Pública.

Segue-se o princípio da consensualidade, com grande importância no que tange à efetiva realização da democracia a partir de seu emprego na Administração Pública. Embora a imperatividade se constitua como característica própria da atuação do Estado — pois que este tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo — é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, na prática democrática, tem substancialmente ampliado a atuação consensual do Poder Público. Assim é que se tem somado aos pactos públicos tradicionais — os contratos e atos administrativos complexos, como os convênios e consórcios administrativos — uma profusão de novas relações negociadas admitidas, em que se privilegia o consenso como método adequado para um mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado.

Com efeito, esta abertura se tem dado em amplo espectro, abrangendo desde a colaboração no planejamento, à tomada de decisão, à execução,

ao controle e, até mesmo, à solução de conflitos, nesta hipótese, com a difusão do emprego dos meios da conciliação, da mediação e da arbitragem. Pode-se, portanto, afirmar que a consensualidade se vem sobressaindo como uma válida alternativa para incrementar, através da negociação, a eficiência administrativa, plenamente suportada, assim, no art. 37, caput, da Constituição.

O princípio da eficiência, introduzido por Emenda, em 1998, no texto da Constituição, acrescentado ao rol de princípios explícitos enumerados no art. 37, caput, resultou da convergência de duas linhas de desenvolvimento teórico. De um lado, o conceito de eficiência elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial, quando começou a ser definido como a relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados, daí passando à Economia, onde se aproximou e até certo ponto se confundiu com o conceito de produtividade, ou seja, uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos, daí passando à administração privada e à pública. De outro lado, destaca-se a sua origem teórica em estudos jurídicos doutrinários de vanguarda, desenvolvidos desde meados do século XX por juristas do porte de Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de poder-dever de administrar, tal como vinha afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr a eficácia da máquina administrativa pública, para estabelecer, como um passo adiante, o dever da boa administração, passando a ser respaldado pelas novas concepções gerenciais na ação administrativa pública.

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, sintetizados no neologismo governança, que revelam uma grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, reconheceu-se não ser bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, atendendo apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais qualidades intrínsecas de objetividade e de excelência, que possibilitassem o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei.

Essas exigíveis qualidades intrínsecas de excelência são, por certo, numerosas e diferenciadas, tornando-se imprescindível defini-las através de parâmetros objetivos, previamente fixados, destinados à aferição dos resultados alcançados pela ação administrativa. Tais parâmetros tanto podem ser,

conforme a hipótese, fixados por lei, como pelo ato administrativo, pelo contrato administrativo ou pelo ato administrativo complexo, sob critérios de tempo, de recursos utilizados, de generalidade do atendimento ou de respostas de usuários (feed-back), tendo sempre em linha de conta que o conceito jurídico de eficiência jamais poderá ser subjetivo, pois, de outro modo, admitir-se-ia o arbítrio em seu controle.

Portanto, entendida a eficiência administrativa como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível de uma boa administração dos interesses públicos.

Embora já praticado no âmbito da proteção do consumidor, e doutrinariamente reconhecido nas obras dos administrativistas mais recentes, o certo é que, uma vez já constitucionalmente consagrado, este dever de eficiência do setor público, sempre conotado aos interesses da sociedade, erige-se a direito do cidadão.

E, não bastando, o legislador constitucional a ele retomou, no mesmo dispositivo, para sublinhar, inequivocamente, a importância que lhe conferiu, ao determinar que o legislador ordinário regulasse a disciplina das reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, ao acesso a registros e informações sobre atos de governo e à representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública (art. 37, §3º) — prescrições essas que, ao resguardarem a eficiência administrativa, concorrem indubitavelmente em reforço da democracia.

O princípio da boa administração coroa este elenco principiológico, aqui exposto mais com sentido exemplificativo do que exaustivo, como uma das mais recentes formulações a ascender aos textos doutrinários da Disciplina, a enfatizar em diplomas pós-modernos, o primado da pessoa humana e de seus respectivos direitos fundamentais.

Em consequência, ao tomar o Estado a si legislar e manter a ordem jurídica, portanto, administrando consoante ela os interesses gerais das sociedades, ele assume implicitamente o dever de executar todas essas atribuições no mais alto grau de excelência, ou seja, produzindo o efetivo atendimento de todos os interesses postos a seu cargo. Por isso, define-se como um cometimento

constitucional primordial — a efetividade dessas funções — que, no caso da administração pública, só há de ser a melhor gestão possível que possa realizar com os recursos por ela disponíveis.

A boa administração não é, assim, uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público, mas um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, os interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a boa administração corresponde a um direito cívico do administrado — implícito na cidadania. Na cuidadosa expressão de Juarez Freitas, trata-se de “direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.

No plano normativo, no texto da Constituição de 1988, o dever da boa administração decorre diretamente do comando do art. 37, caput, que, como visto acima, consagra a obrigatoriedade da eficiência, e se complementa pelos comandos, ainda mais específicos, do art. 70, caput, que instituem a obrigatoriedade tanto da legitimidade, quanto da economicidade na gestão administrativa. Portanto, a boa administração tem como parâmetros gerais os conceitos de eficiência e de resultado de gestão: a eficiência, como a otimização da aplicação dos meios administrativos disponíveis e o resultado, como a idoneidade do fruto da gestão realizada para atender satisfatoriamente aos interesses públicos visados.

Esses parâmetros-mestre são necessários e suficientes para a devida vinculação jurídico-administrativa, que é própria e essencial ao regime de juridicidade do Estado Democrático de Direito, através do desdobramento legal, sob a forma de especificações de metas e de indicadores gerais, comuns a toda ação administrativa, bem como sob a forma de especificações de metas e de indicadores específicos, que deverão estar claramente expressos antes da execução da gestão administrativa, ou seja: desde a formulação, o planejamento e a orçamentação das políticas públicas, abrangendo a totalidade do nível decisório político-administrativo.

A deferência a esses princípios, ou seja, aos elevados valores que exprimem, é, em suma, o que faz de uma administração pública ser substancialmente democrática — o que vale dizer plenamente legítima — o que não ocorrerá, caso esta qualidade esteja ausente, mesmo que todas as normas legais tenham sido satisfatoriamente observadas.

6 Conclusão

A alternativa da democracia tornou-se uma esperança universal, ainda que em permanente aperfeiçoamento, como qualquer meta assintótica. Dado que a Administração Pública herda da modernidade uma pesada carga histórica autocrática de poder concentrado e de arbítrio, o penoso processo de democratizá-la, de país a país, se tem dado lenta e gradualmente.

Por outro lado, a velha alternativa autocrática ainda está presente e ativa, medrando sobre suas motivações mórbidas, tais como o desencanto, a demagogia e a exacerbação do carisma pessoal.

Como exemplos muito atuais desse risco de retrocesso ético-político, destacam-se, entre outras patologias sociais, duas renitentes e recorrentes formas: o abuso de poder exercido em convocações dirigidas para explorar o emocional das massas — o que vem a ser uma perversão plebiscitária, e o abuso de poder no emprego da propaganda oficial e na disseminação do medo — que é o terror oficial.

Este ensaio pretendeu demonstrar que muito depende a desejável plenitude do gozo das benesses da democracia a contribuição que pode oferecer o Direito Administrativo contemporâneo, pois tal como já se teve ocasião de registrar em livro dedicado à memória de Marcos Juruena Villela Souto (*Poder, Direito e Estado – o Direito Administrativo em tempos de globalização*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011), este ramo jurídico, dádiva da Modernidade, que nasceu como um produto do Estado e reverente a seu poder, evoluiu para, na Pós-Modernidade, ganhar imprevisíveis dimensões transestatais e se tornar um Direito comum de quaisquer relações assimétricas travadas entre pessoas e quaisquer centros de poder, não importa de que natureza, que administrem interesses públicos em todos os setores da vida econômica e social.

Assim é que se expandiu e se diversificou em todos os seus ramos pós-modernos: a começar de seu, sempre importante, ramo original, o estatal — que está presente nos quase duzentos países soberanos filiados à Organização das Nações Unidas, regulando as relações administrativas públicas internas entre os seus administrados e seus respectivos entes estatais; como no ramo interestatal — que regula as relações administrativas públicas travadas entre os entes públicos desses mesmos países soberanos; como no ramo sobre-estatal — que atualmente já regula as relações administrativas públicas que se estabelecem entre os entes

públicos dos países soberanos e um centro de poder supraordinado que os congregue (como é o caso da União Europeia) e, ainda, no novíssimo e estuante ramo extraestatal — que é o que regula as relações administrativas públicas que se processam fora da esfera de soberania dos Estados, entre centros de poder globais e quaisquer outras pessoas, independentemente de serem privadas ou públicas.

Pretendeu-se demonstrar que muito depende, em última análise, a sobrevivência e o aperfeiçoamento da democracia, fim que todos almejamos, de uma atuação, não apenas dos Estados, como desses milhares de centros de poder administrativo existentes, não importa de que natureza, rigorosamente pautada sob a égide de uma permanente, contínua e multicontrolada reverência à pessoa humana, respeitados seus imanes e inalienáveis direitos, acima dos quais, nenhum poder, nenhuma instituição se pode arvorar sob qualquer pretexto.

The Administrative Law of the XXI Century: an Instrument for the Realization of Substantive Democracy

Abstract: This essay has as its object the analysis of relations between power, politics, law and democracy in contemporary societies, assessing its impacts on Administrative Law and plotting prospects for this area of Law in the twenty-first century.

Key words: Power. Politics. Law. Democracy. Administrative Law.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

Recebido em: 22.08.11

Aprovado em: 16.09.11