

O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

LE DROIT À LA BONNE ADMINISTRATION PUBLIQUE COMME INSTRUMENT DE L'HERMENEUTIQUE CONSTITUTIONNELLE

Valter Alves Carvalho*

RESUMO:

Perquire-se, neste trabalho, sobre a relevância do reconhecimento do direito à boa administração para a hermenêutica constitucional. Procura-se evidenciar que o direito à boa administração se coloca como instrumental jurídico que se coaduna com os anseios democráticos e com a ideia de governança, exigindo da Administração Pública e dos gestores públicos vinculação aos mandamentos constitucionais. O artigo está organizado em dois eixos, onde se busca, primeiramente, discutir a aproximação entre hermenêutica constitucional e democracia; num segundo momento, apontar a interligação entre o direito à boa administração e governança, no ambiente de um Estado republicano, como vetores de uma hermenêutica constitucional adequada à preservação das capacidades institucionais da Administração Pública, ainda que resguardado o espaço de atuação do Poder Judiciário na sindicabilidade dos atos e omissões legislativas e administrativas relacionados às políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE:

Hermenêutica constitucional; Direito à boa administração. Democracia. Estado republicano.

RÉSUMÉ:

On étudie, dans ce travail, l'importance de la reconnaissance du droit à une bonne administration pour l'herméneutique constitutionnelle. Il s'agit de montrer que le droit à une bonne administration se présente comme instrument juridique cohérent avec les aspirations démocratiques et avec la gouvernance, à demander de l'Administration Publique et des les gestionnaires publics respect à la Constitution. L'article est divisé en deux bras, dans le premier, on s'efforce de discuter de rapprochement entre l'herméneutique constitutionnelle et la démocratie, par la suite, on cherche faire d'interconnexion entre le droit à une bonne administration et la gouvernance, dans le milieu d'un Etat républicain, comme vecteurs d'une herméneutique constitutionnelle adéquate à la préservation des capacités institutionnelles de l'Administration Publique, bien que surveillé l'espace du pouvoir judiciaire dans la sindicabilidade des les actes et des l'omissions liées aux politiques publiques.

MOTS-CLÉS:

Herméneutique constitutionnelle; droit à une bonne administration; démocratie; État républicain.

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro. Técnico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

As discussões sobre a hermenêutica no Direito se concentram, de modo geral, na aplicação das normas jurídicas pelo Poder Judiciário. Sucessivamente, métodos diversos foram desenvolvidos para que o juiz possa fazer valer a vontade abstrata inserta na lei (genericamente considerada), com menor ou maior vinculação, transitando-se desde a tentativa de transformá-lo na “boca da lei” e chegando-se à discricionariedade apregoada pelo positivismo de Kelsen¹, que condenava a utilização de métodos interpretativos que conduzisse a uma única decisão correta.

Com a hermenêutica constitucional, a situação não se difere; sobretudo na atualidade, quando a Constituição é chamada a reger inúmeras facetas da vida do Estado e da sociedade e o direito constitucional ganha espaço na conformação do Direito numa proporção comparável ao que era tradicionalmente ocupado pelo direito civil. No caso brasileiro, esse mesmo fenômeno está presente desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CRFB), marcadamente com a ampliação da jurisdição constitucional promovida pelo texto constitucional. Entretanto, há de se observar que, mesmo com a abertura do catálogo de legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade e as possibilidades de acesso mediante o controle difuso, a discussão sobre a adequação constitucional centra-se no Estado-juiz, algumas vezes em detrimento dos demais poderes-funções do Estado.

Ora pautado pelo tradicional modelo de divisão (estaque) de poderes, ora por uma tendência ativista, que vem se firmando sobretudo nas decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade em casos de omissão legislativa e administrativa, o Poder Judiciário enfrenta dificuldades na resolução das tensões entre as estruturas de poder do Estado. Contudo, há de se observar que as relações entre Estado e cidadãos se processam preferencialmente com o Estado-legislador e mais especificamente com o Estado-Administração, sendo o Poder Judiciário marcadamente residual, no sentido de garantidor dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica e pacificador das relações entre particulares, bem como daquelas que se processam entre cidadãos e o Estado. Logo, uma hermenêutica constitucional adequada deve levar esses fatos em consideração.

A Constituição, posta no centro do ordenamento jurídico, numa perspectiva de fonte e fundamento das normas, deve ser concretizada mediante a atuação de todas as estruturas

¹ Kelsen afirma categoricamente que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta” (2006, p. 390).

estatais. O debate hermenêutico engloba, assim, a análise sobre a atuação de diferentes órgãos e atores institucionais aos quais foram atribuídas competências para a realização do projeto de Estado e de sociedade querido pelo constituinte originário e renovado/revalidado, cotidianamente, na (re)interpretação e aplicação das normas constitucionais.

É nesse contexto que, neste trabalho, perquire-se sobre a relevância do reconhecimento do direito à boa administração para a hermenêutica constitucional. Busca-se evidenciar que o direito à boa administração se coloca como instrumental jurídico que se coaduna com os anseios democráticos e com a ideia de governança, a acarretar à Administração Pública e aos gestores públicos vinculação aos ideais e mandamentos constitucionais. Hermeneuticamente, a tese se volta à preservação das capacidades institucionais, assegurada a atuação do Poder Judiciário, mas ressalvado o espaço confiado ao Estado-Administração para a consecução das políticas públicas.

O direito à boa administração vem sendo trabalhado, por alguns estudiosos nacionais, como um direito fundamental implícito no texto da Constituição, ora ligado à redefinição da discricionariedade da Administração Pública (Freitas, 2009), ora visto como a recepção, pela linguagem jurídica, do discurso sobre a governança, levado a efeito pela disciplina/ciência da administração pública (Valle, 2011). O tema é discutido, ainda, no âmbito do direito comunitário da União Europeia, onde foi formalmente apontado como direito fundamental (artigo 41, da Carta de Direitos Fundamentais). Aponta-se que o reconhecimento de um direito (fundamental) à boa administração só pode ser bem compreendido numa perspectiva que o interligue à ideia de republicanismo, no sentido de um bem comum a ser querido pela sociedade e garantido pelo Estado.

O artigo está organizado em dois eixos; busca-se, primeiramente, discutir a aproximação entre hermenêutica constitucional e democracia, como elemento definidor da fase atual do constitucionalismo, mas sem enveredar numa defesa do chamado neoconstitucionalismo; num segundo momento, pretende-se apontar a interligação entre o direito à boa administração, governança e Estado republicano como vetores de uma hermenêutica constitucional adequada à preservação das capacidades institucionais da Administração Pública, porém, resguardado o espaço de atuação do Poder Judiciário na sindicabilidade dos atos e omissões legislativas e administrativas relacionados às políticas públicas.

2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

A hermenêutica constitucional (a jurídica, como um todo), na análise contemporânea, apresenta um papel constitutivo e não meramente declaratório, vale dizer, a norma resulta do esforço hermenêutico (Ávila, 2005). Tanto o intérprete, com suas pré-compreensões, quanto as peculiaridades do caso, bem como os efeitos da decisão devem ser considerados no contexto interpretativo. Por outro lado, a hermenêutica constitucional não se esgota numa análise estritamente vinculada às tradições do campo jurídico, enquanto uma ideia clássica de completude do sistema, a se dar com base em recursos intrínsecos ao próprio campo. Cada vez mais se fala e se faz necessário o diálogo com outras áreas do saber – política, economia, psicologia, sociologia e administração (dentre outras); bem como se pretende seja o debate em torno da interpretação das normas constitucionais pautado por uma abertura democrática no rol dos intérpretes, abandonando-se a interpretação de uma “sociedade fechada”, focada nos órgãos oficiais, intérpretes jurídicos e nos procedimentos formalizados, em favor de uma “sociedade aberta” (Häberle, 1997).

O ponto de partida é a compreensão de que a Constituição é, de fato, documento estruturante da sociedade e do Estado², ao materializar em seu texto os anseios político-sociais, e mesmo valorativos, de uma dada comunidade política. A partir daí, propõem-se que todas as pessoas que se submetem à Constituição possam participar ativamente do processo de interpretação, ainda que em graus diversos. Afastada a pretensão de clareza das normas legisladas, e caminhando-se para a compreensão de que as normas jurídicas são, de fato, o produto da hermenêutica, tendo como ponto de partida o enunciado normativo, a proposta hermenêutica assenta sobre a ideia de uma sociedade aberta. Se a experiência jurídica tradicional se apoiou numa sociedade fechada, é hora de se adequar à realidade social plúrima; quanto mais plural for a sociedade, mais abertura deve haver nos critérios de interpretação constitucional, proporcionando-se, assim, aproximação entre as estruturas do ser e do dever-ser.

Amparada pelo desejo de alicerçar um Estado republicano, a interpretação deve ser garantida pela teoria democrática. Segundo Häberle (idem), os intérpretes jurídicos não devem deter a exclusividade na interpretação constitucional, ainda que lhes caiba o poder decisório. Isso não significa um esvaziamento do poder inerente aos órgãos jurisdicionais, cuja atuação é de elevado destaque na afirmação de um Estado democrático e republicano.

² “Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.” (Häberle, 1997, p. 33).

Antes disso, é a demonstração de que a concretização da Constituição depende de outros atores que ombreiam em responsabilidades com o Poder Judiciário e que são igualmente vocacionados ao desenvolvimento e à implantação dos mandamentos constitucionais, isto é, constitucionalmente competentes. É nesse cenário que ganha relevo a Administração Pública, vista, agora, não mais como uma estrutura primariamente compromissada com a defesa dos *interesses do Estado* e sim com a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, enfim, o *interesse público* em seu mais correto entendimento³.

Se cabe também à Administração Pública concretizar a Constituição, é necessário que a função administrativa seja igualmente democratizada. No sentido que se defende neste artigo, a legitimação do agir do Estado ocorrerá não só mediante o processo eleitoral, que fundamenta uma democracia formal, mas sobretudo a legitimação democrática da Administração Pública (e do Estado como um todo) advém quando presentes instrumentos adequados de garantia do acesso de todos às condições necessárias à real possibilidade de participação democrática.

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

³ Atualmente, o entendimento sobre o conceito de interesse público tem sido muito debatido por autores brasileiros. Uns afirmam seu anacronismo e o vinculam a uma tradição autoritária do direito administrativo; afirmam ser preciso afastar a alegação de que o interesse público sempre deve prevalecer em casos de conflito com interesses particulares (veja-se, a título de exemplo, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008). Outros vão propor a ressignificação desse princípio, distinguindo entre interesse público primário e secundário. Aquele diretamente vinculado à satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos e este concebidos como os interesses da pessoa jurídica de direito público, que, em última análise também se vinculam às finalidades do Estado, há de se observar. Veja-se, a respeito, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68 e ss.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

É nesse sentido que a exclusão social se coloca como mazela a impedir o amadurecimento de uma democracia e a fazer com que o Estado esteja *constitucionalmente em mora* com a população. Há de se observar que não se trata de reafirmar a ilusão de que o formalismo jurídico irá transformar a realidade social, bastando a enumeração de princípios e direitos nos textos constitucionais para que tudo se resolva, mas reconhecer que o potencial de regramento do Direito – dever-ser – não pode ser ignorado. É aqui que se interligam, conforme a proposta deste artigo, a hermenêutica constitucional, a democracia e o reconhecimento do direito à boa administração.

Essa temática é relevante numa sociedade como a brasileira, caracterizada, ainda, por desafios no campo social e na seara político-institucional, pois a experiência democrática no Brasil não possui um longo curso histórico e a realidade social é marcada por inúmeras desigualdades estruturais de acesso aos bens jurídicos que funcionam como capacitação para o envolvimento no próprio processo democrático (trabalho, saúde, educação, renda, acesso à justiça etc.).

Juridicamente, a questão remete à discussão em torno do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, notadamente quando se trata de direitos sociais. É preciso destacar, no entanto, que os limites dessa ingerência também podem ser analisados sob o critério de atendimento ou de perigo à democracia. Vale dizer, o controle judiciário é antidemocrático ou, exatamente o contrário, a omissão ou insuficiência na atuação dos demais Poderes é que se reveste de antijuridicidade e se mostra antidemocrática?

Essa indagação comporta respostas que vão desde a defesa de uma postura ativista, no sentido de que ao Poder Judiciário é lícito e desejável uma postura pró-ativa na concretização dos direitos fundamentais, a teses que advogam a autocontenção dos julgadores, seja pelo argumento de que as normas constitucionais que tratam de políticas públicas e dos direitos sociais são de conteúdo programático, seja por deferência às demais estruturas de poder do Estado, que gozariam de maior reconhecimento democrático.

A problemática ganhou destaque no constitucionalismo brasileiro pós 1988, marcado pela amplitude da jurisdição constitucional, que se dá pelo sistema difuso e concentrado, por novos direitos e novas ações e ampliação das hipóteses de acesso à Corte Constitucional, acarretando uma ascensão institucional do Poder Judiciário. Sobre o papel do Judiciário no contexto atual, é interessante ressaltar a diferenciação que pode ser estabelecida entre *judicialização*, enquanto uma “circunstância do desenho institucional brasileiro”, do *ativismo judicial*, que consiste em “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (Barroso, 2010b). A estrutura

montada pela CRFB naturalmente fez com que o Poder Judiciário viesse a decidir questões ligadas ao extenso rol de direitos sociais, por exemplo.

O Poder Judiciário é um poder político e, no contexto de um Estado democrático de direito, é também representativo, no sentido de ser exercido em nome do povo. Mesmo assim, a questão da legitimidade democrática do Judiciário e seu possível caráter contramajoritário dão margem a discussões sobre suas possibilidades e limites, na medida em que questões sociais e políticas são decididas pela jurisdição constitucional, em aparente detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo, cujos representantes são escolhidos pela vontade popular.

Duas grandes linhas de justificação se colocam: a) mais tradicional, a primeira afirma que a Constituição deve prevalecer por ser resultante da vontade maior do povo, devendo predominar sobre as manifestações das maiorias parlamentares; b) a segunda sustenta que o controle de constitucionalidade deve prevalecer pela necessidade de “preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático” (Barroso, 2010a, p. 386). O Judiciário deve assegurar valores substantivos e os procedimentos adequados de participação e deliberação.

O controle judicial das políticas públicas é colocado como o ponto crítico desse debate, pois, se de um lado, a Constituição protege direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas, por outro, confere ao Executivo e ao Legislativo o papel de implementadores. Visando garantir a supremacia da Constituição, a doutrina busca estabelecer parâmetros objetivos para o controle das políticas públicas. Assim, enquanto algumas teorias propõem maior âmbito de atuação do Judiciário, outras se inclinam à contenção judicial, em respeito à separação dos poderes e do caráter de maior representatividade⁴.

Pode-se argumentar que a democracia não se expressa somente através do princípio majoritário, mas abarca a proteção dos direitos das minorias e outros princípios que merecem acolhimento, fixando o possível âmbito de atuação da jurisdição constitucional. Nesse sentido, Barroso (2010a) sustenta:

O *déficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.

⁴ Sarmiento (2009) agrupa as teorias a respeito, ainda que guardem suas próprias variantes, em procedimentalismo e substancialismo. O primeiro grupo, a sustentar que a jurisdição constitucional deve se ater à proteção dos pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia; enquanto o substancialismo propõe que a jurisdição constitucional deve abarcar os valores substantivos presentes na Constituição.

O papel do Judiciário, e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional. (idem, p. 390/391).

Diante de um quadro institucional como o promovido pela CRFB, que fomentou maior judicialização, as discussões devem se centrar em torno dos limites e/ou parâmetros de atuação do Judiciário; perquirindo-se quanto aos riscos diante de um quadro de constitucionalização excessiva. Barroso (2010b) defende que a constitucionalização do Direito é um fenômeno positivo, que se coaduna com a democracia e com a realização dos direitos fundamentais. Contudo, sustenta a existência de pontos negativos de natureza política e metodológica: “o esvaziamento do poder das maiorias, pelo engessamento da legislação ordinária” e “o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais.” (2010a, p. 391). Para coibir tais problemas, propõe dois parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes, que demonstra a deferência para com os poderes representativos: *preferência pela lei* e *preferência pela regra*.

Ora, aqui se vê que as ferramentas desenvolvidas pela autodenominada “nova interpretação constitucional” – a) atribuir sentido a conceitos jurídicos indeterminados (cláusulas gerais); b) normatividade dos princípios; c) colisões de normas constitucionais (princípios e direitos fundamentais); d) ponderação; e) argumentação (Barroso, 2010a) – não logram dar um grau satisfatório de certeza quanto ao produto da tarefa hermenêutica. Isso demonstra que os elementos dessa propalada “nova interpretação constitucional” não são suficientes para dar conta dos desafios contemporâneos no campo da hermenêutica e da aplicação da Constituição. Sobretudo por depositar confiança exacerbada no equilíbrio do intérprete da Constituição, que, nesse contexto, há de estar bem intencionado e totalmente consciente no seu papel de co-criador da norma jurídica (constitucional).

Igualmente, Sarmiento (2009) aponta três críticas que são comumente endereçadas ao neoconstitucionalismo e sua vertente hermenêutica: i) o já comentado caráter antidemocrático do Judiciário; ii) o risco na preferência por princípios e ponderação em detrimento de regras e subsunção, considerando-se a peculiaridade da cultura brasileira; iii) e uma constitucionalização excessiva do Direito (panconstitucionalização). Quanto à primeira, ele afirma que o Judiciário deve se conter em casos para os quais institucionalmente ele não tem

expertise, mas apóia seu ativismo em matéria de direitos fundamentais e funcionamento da democracia. Em relação às regras e à subsunção, ele reconhece seu potencial de segurança jurídica conferido ao sistema; nos casos em que a decisão se pautar por princípios, maior o ônus argumentativo, de modo a afastar qualquer voluntarismo disfarçado de concretização da Constituição. Endossa essa opinião com elementos sociológicos (ou seriam antropológicos?) das tendências patrimonialistas no Brasil. Por fim, afirma que a excessiva constitucionalização do Direito pode resultar num processo paternalista antiliberal, podendo o legislador de um grau de liberdade que deve permanecer num sistema democrático.

Já em outro trabalho, o mesmo autor lista três argumentos para afastar o propalado caráter antidemocrático da sindicabilidade do Judiciário, aqui condensados: i) o déficit democrático das próprias instâncias representativas; ii) a compreensão de que democracia é conceito para além da representatividade e alternância no poder, devendo incorporar direitos não só de liberdade, mas também às condições básicas de vida (digna, acrescente-se) e de possibilidade de efetiva participação; iii) reconhecimento da natureza normativa da Constituição a embasar a atuação do Judiciário (Sarmiento, 2010).

O problema central está em que, mesmo sob tais argumentos, o Judiciário não apresenta uma condição satisfatória de *accountability* perante o povo. Desnecessário dizer que a virtude repousa no meio termo, mas a dificuldade reside especificamente em localizar um ponto de equilíbrio. Esse embate se acentua no contexto de uma Constituição abrangente como a é a CRFB, de conteúdo dirigente, a potencializar a judicialização em torno de praticamente todos os temas de regulação da sociedade, além de trazer um exposto catálogo (não exaustivo) de direitos fundamentais, sociais inclusive.

Em decisão recente⁵ do Ministro Celso de Mello, estão presentes um *mix* dos argumentos acima apontados:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora

⁵ Que, na verdade, reproduz posicionamento firmado já em 2005, em voto do próprio Min. Celso de Mello (Recurso Extraordinário n.º 410.715, julgado em, 22/11/2005). Optou-se por essa citação pelo fato de a redação se adequar melhor ao que se pretende salientar no teor do posicionamento jurisprudencial.

inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (ARE n.º 639.337/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 15-9-2011).

Vê-se, assim, que os questionamentos em torno da aproximação entre hermenêutica constitucional e democracia não se esgotam na análise dos legitimados à participação no processo interpretativo da Constituição, mas se lançam para os produtos dessa hermenêutica, que se almeja, seja facilitadora da concretização dos mandamentos constitucionais na realidade social, mas sem cair numa peculiar prevalência do Poder Judiciário sobre os demais poderes⁶. O que se propõe nos próximos itens é exatamente uma ideia a esse respeito.

3. DEFINIÇÃO DE DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO

O reconhecimento de um direito subjetivo à boa administração encontra desafios. Um deles reside na dificuldade de lhe definir com precisão o seu objeto ou núcleo essencial. Mesmo assim, no âmbito do direito comunitário europeu, a boa administração encontrou acolhida expressa no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁷. Antes

⁶ Daniel Sarmiento (2010) colaciona como exemplos de decisões judiciais equivocadas, por desconsiderar aspectos inerentes aos órgãos competentes da Administração, bem como critérios de universalidade, determinações da Justiça Federal para internação no INCA, sem considerarem-se os critérios da instituição e a existência de uma ordem para os atendimentos (a título de exemplo, Agravo de Instrumento n.º 2006.02.01.005318-7, 7ª Turma do TRF da 2ª Região, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, julgado em 27 de setembro de 2006) e decisão judicial que determinou o fornecimento de medicamento importado que fora contra-avaliado pela ANVISA (Decisão na Suspensão de Segurança n.º 1.408/SP, Ministro Edson Vidigal, prolatada em 08/09/2004). Contudo, acertadamente, o autor observa que tais exemplos não devem ser utilizados como argumento para a rejeição da proteção judicial dos direitos sociais, sob pena de retrocesso no direito constitucional brasileiro. É preciso observar, além disso, que as críticas a tais decisões devem repousar mais na discussão sobre a capacidade institucional do que nos próprios argumentos de decidir, pois, em tais casos, o que se almeja é a legítima proteção à vida daqueles que acessam o Judiciário; a questão repousa no fato de que o Judiciário não tem acesso integral aos desdobramentos de sua decisão, isto é, a questão é (seria) mais bem trabalhada com o fortalecimento das políticas públicas adequadas, levadas a efeito pelos órgãos competentes (expertise), afastando-se, ainda que judicialmente, a possível inércia.

⁷ Artigo 41º - Direito a uma boa administração:

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,

disso, contudo, já era compreendida como um princípio geral do direito pelas jurisdições do direito comunitário europeu (MENDES, 2009). Buscando explicitar o significado de tal direito fundamental, foi aprovado em setembro de 2001, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa⁸, que traz, sob a bandeira da boa administração, inúmeros princípios e regras de conceituação autônoma (como proporcionalidade, não-discriminação e o que pode ser compreendido como confiança legítima), o que termina por lhe emprestar a característica de um *droit-chapeau* – direito-chapéu (idem).

Em que pese essa pluralidade semântica, Joana Mendes (2009, *passim*) aponta que a boa administração comporta vários níveis interconectados: dois de natureza jurídica, a abarcar as garantias processuais, com fins de proteção dos direitos substanciais das pessoas em relação com a administração (europeia), e as regras jurídicas estruturantes da função administrativa, voltadas à persecução do interesse público; outro de natureza extrajurídica, a se expressar por *standards* de comportamento para a prestação dos serviços administrativos fornecidos ao público, tais como cordialidade e resposta em tempo ágil. De fato, a proposta de apresentação do conteúdo da boa administração em três níveis facilita a análise metodológica de seu conteúdo, sobretudo com a consideração de um nível extrajurídico, o que permite abrir o sistema do Direito a outras áreas do saber, notadamente a Economia, a Administração, bem como a Ética. Se, por um lado, isso se traduz em novos desafios para os aplicadores do Direito e para os agentes da Administração Pública, permite o desenvolvimento de uma análise multidisciplinar que certamente se traduz por uma hermenêutica conciliatória.

Mas há de se ressaltar que a análise jurídica não abandonará o seu código próprio, como transparece da definição de *má administração* dada pelo Provedor de Justiça no seu relatório anual de 1997, e que foi aprovada pelo Parlamento Europeu: “*a má administração ocorre quando um organismo público não actua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado*”⁹. Mas como distinguir a má administração da simples (i)legalidade? É preciso, antes de tudo, distinguir o âmbito de aplicação do direito à boa

– o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

– a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

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

Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em 27 de janeiro de 2011.

⁸ Versão em português disponível em <<http://www.ombudsman.europa.eu/pt/resources/code.faces#hl9>> Último acesso em 02/03/2012.

⁹ Idem à nota anterior.

administração no contexto do direito comunitário, onde se busca homogeneizar as diferentes administrações públicas dos Estados-membros àquele vetor comum, do ambiente político-institucional brasileiro, em que, embora não expresso textualmente, o direito à boa administração decorre da própria formatação republicana do Estado e da disciplina constitucional dada à Administração Pública.

No ordenamento jurídico pátrio, em decorrência da forte matriz constitucional de normas aplicáveis à Administração Pública, pode-se dizer, como salienta Ingo Wolfgang Sarlet, que a CRFB também prevê um direito fundamental à boa administração:

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

Ora, esse detalhamento principiológico e por meio de regras que a CRFB realiza torna possível identificar a existência de um direito à boa administração previsto constitucionalmente, embora, por outro lado, dificulte a identificação de um conteúdo autônomo, ressaltando o aspecto de *droit-chapeau*. Há de se lembrar que a norma não se confunde com o enunciado normativo, podendo se identificar uma norma jurídica pela interpretação de um ou mais dispositivos (Ávila, 2005).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao passo que insere entre os princípios gerais do direito administrativo o *princípio da boa administração*, observa que ele se traduz num direito de cidadania:

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

Juarez Freitas, por sua vez, apresenta um conceito descritivo de direito à boa administração pública, relacionando o que entende ser seu conteúdo normativo:

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

É preciso ressaltar que o Direito não deve ter a pretensão de definir sozinho o que seja boa administração, já que este é um ponto que também é pensado por outras áreas do conhecimento. Vanice Regina Lírio do Valle (2011) conjuga a análise jurídica com o debate travado no âmbito da administração pública enquanto disciplina autônoma, e afirma que boa administração guarda identidade com a governança, sendo as mesmas ideias expressas por distintos códigos de fala.

A elaboração do conceito de governança deveu-se, sobretudo, à atuação do Banco Mundial¹⁰. Em 1992, governança foi definida como “a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país, visando ao desenvolvimento.” (Banco Mundial, 1992, apud Valle, 2011, p. 40). Em 2007, o conceito foi reformulado, com foco na legitimidade e na prestação de serviços essenciais, assim, governança expressa a “maneira através da qual os agentes e instituições públicas adquirem e exercem sua autoridade para o provimento de bens e serviços públicos, incluindo a oferta de serviços essenciais, infraestrutura”; bem como o conceito engloba a preocupação com um ambiente de transparência: “um ambiente favorável ao investimento – corrupção é um produto de uma governança frágil” (Banco Mundial, 2007, apud Valle, 2011, p. 40).

Outro aspecto que ressalta da governança diz respeito à tomada de decisão, que deve ocorrer num ambiente propício à participação democrática, à responsabilidade dos gestores públicos e à eficiência. Todo esse quadro aponta para a governança como processo democrático (Valle, 2011, p. 42 e 54/55), com enfoque na Administração Pública.

Mas o que significa esse enfoque? Significa dizer que o reconhecimento do direito fundamental à boa administração nada mais é do que o contraponto da constatação da relevância da função administrativa na concretização dos direitos fundamentais. Esse quadro lança vista ao permanente aperfeiçoamento das políticas públicas e da própria Administração

¹⁰ A autora trabalha com os seguintes documentos do Banco Mundial: *Governance: the World's Bank Experience (Development in Practice)*, 1992; *Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruptio*, 2007.

para a consecução de suas finalidades constitucionalmente previstas. A jusfundamentalidade do direito à boa administração não se refere a um novo direito, mas ao aspecto procedimental para a realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido:

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

Portanto, do ponto de vista da análise hermenêutica, o direito à boa administração repercute na atuação do Poder Judiciário de duas maneiras: a) num sentido pró-ativo, impor à Administração Pública a deflagração das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais, inclusive caminhando-se para a responsabilização dos agentes públicos, quando do descumprimento; b) num sentido de autocontenção, não deve o Judiciário se arvorar em administrador, pois as decisões devem ser tomadas no sentido da governança, isto é, num processo democrático. Ressalte-se que a conjugação de ambas as propostas não se identifica à postura da separação radical dos poderes, mas sim de uma esfera de reconhecimento das capacidades institucionais, que devem dialogar.

Por fim, embora tenha ares de novidade, compreende-se que o direito à boa administração não é uma construção necessariamente de vanguarda, ao contrário, essa temática pode e deve ser remetida à discussão em torno do princípio republicano e sua proposta de institucionalização da igualdade e de um bem comum.

4. ESTADO REPUBLICANO, DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO E GOVERNANÇA

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

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

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

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

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

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

Bresser-Pereira (2004) apresenta uma definição interessante do que sejam os ideais de um Estado republicano, para o qual, segundo ele, tenderiam os Estados democráticos:

O Estado republicano é um Estado suficientemente forte para se proteger da captura privada, defendendo o patrimônio público contra a busca de rendas (*rent-seeking*); é um Estado participativo, onde os cidadãos, organizados em sociedade civil, participam da definição de novas políticas e instituições e do exercício da responsabilidade social; é um Estado que depende de funcionários governamentais que, embora motivados por interesse próprio, estão também comprometidos com o interesse público; é um Estado com uma capacidade efetiva de reformar instituições e fazer cumprir a lei; é um Estado dotado da legitimidade necessária para taxar os cidadãos a fim de financiar ações coletivas decididas democraticamente; é um Estado que é eficaz e eficiente no desempenho dos papéis dele exigidos. Resumindo, o Estado republicano é um sistema de governo que conta com cidadãos engajados, participando do governo juntamente com os políticos e os servidores públicos. (Bresser-Pereira, 2004).

Para este autor, não há contradição entre os ideais republicanos e o que defende o liberalismo político. A contradição aparece, contudo, quando contrapostos aos interesses do liberalismo econômico, pois enquanto este busca a implementação de um Estado mínimo, o republicanismo carece de um Estado forte, no sentido de uma estrutura político-administrativa voltada à consecução do interesse público (*idem*). À liberdade negativa se soma a liberdade positiva, no sentido de participação dos cidadãos, de modo a legitimar o próprio Estado. É nesse sentido que ganha corpo a ideia de governança e de eficiência no contexto da

Administração Pública. Falar em um Executivo forte não remete a propostas de totalitarismo, mas compreende a capacidade de execução do bem comum elegido democraticamente. Constituir uma boa administração é dever imposto pela relação estabelecida entre cidadãos e o Estado, relação marcada, por agora, pela centralidade da pessoa humana e pela busca de sua dignidade. É assim que a boa administração deve ser enquadrada.

Para Bresser-Pereira (idem), o Estado que advém das transformações econômicas e políticas atuais é marcadamente republicano, devendo ser legitimado democraticamente, e forte, no sentido fiscal, administrativo e participativo¹¹. É preciso ressaltar, entretanto, que o autor escreve numa perspectiva normativa, que não necessariamente se coaduna com as práticas institucionais em curso no Brasil. No entanto, isso não soa como demérito, mas como incentivo à consecução de um quadro político-institucional em que tais qualificadores estejam presentes. Talvez o foco excessivo numa democracia participativa enfraqueça a viabilidade do ideal apontado neste trecho, tendo em vista que as experiências de participação direta se mostram ainda rudimentares e, ao mesmo tempo, há um estado de constante desconfiança da população para com seus administradores e legisladores, ainda que contraditoriamente sejam escolhidos por essa mesma população.

Em *O Federalista* há menção à boa administração como requisito qualificador de um bom governo (*paper* n.º 68), assim como também à necessidade de um Poder Executivo forte, no sentido de independência em relação aos demais poderes. Um Executivo fraco é identificado à noção de um mau governo. Para ser enérgico, o governo precisa de um Executivo que detenha unidade, um mandato duradouro, recursos e poderes compatíveis com sua missão. Paralelamente, precisa se mostrar vinculado aos interesses e anseios do povo: “Os ingredientes que compõem a segurança são, no sentido republicano, uma devida dependência do povo e uma exata noção de responsabilidade.” (*paper* n.º 70, p. 436). É certo que na proposta de repartição do poder político levada a efeito em *O Federalista*, os autores se mostram favoráveis a uma destacada prevalência na atuação do Poder Executivo, forte, atuante, mas responsivo à lei e ao povo. Esse quadro, pensado para o momento histórico de aprovação da Constituição estadunidense, põe em destaque a função administrativa na implementação dos interesses do povo.

¹¹ O Estado republicano que está emergindo é um Estado politicamente forte porque seus dirigentes derivam sua legitimidade das instituições democráticas; é um Estado fiscalmente forte, porque não se deixa endividar irresponsavelmente; é um Estado administrativamente forte, porque depois de haver passado pela reforma burocrática, passa atualmente pela reforma da gestão pública. Mas é principalmente um Estado republicano porque conta com cidadãos, com políticos, e com servidores públicos que não olham apenas para seus interesses particulares. Eles olham também para o interesse público. (Bresser, idem).

Atualmente, a fórmula não está de todo esvaziada. Embora, ao contrário da centralização proposta, a descentralização administrativa tenha se mostrado necessária, é preciso destacar que, enquanto as discussões no âmbito jurídico tendem a se concentrar em saber em que medida pode o Judiciário intervir legitimamente na seara que, a princípio, foi vocacionada constitucionalmente ao Poder Executivo, a busca pela concretização do ideal de um bom governo levou a efeito inúmeras tentativas de adequações da função administrativa, promovidas pela (ciência) da administração pública e da teoria política, tendo o direito legislado como instrumento normativo para adequação da ordem proposta.

Segundo Peters e Pierre (2010), as mudanças principais implementadas na gestão pública nas últimas décadas, no bojo do movimento genericamente identificado como *reforma da administração pública*, também referenciada como Nova Gestão Pública, são “a ênfase crescente no papel do gestor público como gerente, e a necessidade de aplicar ferramentas gerenciais familiares ao setor privado”, bem como o “estreitamento da relação entre Estado e sociedade na entrega de serviços públicos” (idem, p. 21). Ambas as características estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltados pela EC n.º 19/1998, pelas privatizações de empresas públicas, pelas Leis n.º 11.079/2004, sobre as parcerias público-privadas, e n.º 11.107/2004, sobre os consórcios públicos, integração com o terceiro setor, conselhos administrativos com a presença de representantes da sociedade civil, dentre outros instrumentos. No entanto, tais institutos jurídicos encontram, no cotidiano, dificuldades em sua implementação, seja porque foram importados de outras realidades culturais e jurídicas, representando, assim, enxertos no ordenamento jurídico pátrio de institutos pensados para outras *sensibilidades jurídicas*¹², seja pelo ineditismo das propostas para o ambiente brasileiro, seja pela releitura realizada pelos tribunais¹³, ou pela dificuldade em se estabelecer critérios de aferição do resultado.

É preciso destacar que a reforma da administração pública não necessariamente conduz à ideia de uma Administração mínima, embora seja esse o projeto das reformas

¹² Segundo os estudos antropológicos de Geertz, o Direito é um *saber local*, isto é, desenvolve-se de acordo com dado ambiente cultural, com o fim de normar a sociedade, mas também recebe influxos dessa mesma sociedade. É ao conjunto de crenças, símbolos e cultura que informa o Direito de dada comunidade, que ele chama de sensibilidade jurídica. (GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparada. In: _____. *O Saber Local*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 249-356. Cap. 8).

¹³ Vanice Lírio do Valle refere-se a uma “censura judicial” aos conteúdos da reforma administrativa. Exemplifica com a discussão em torno da flexibilização do regime jurídico único para os servidores de agências reguladoras, com a possibilidade de adoção do regime celetista. (Lei 9.986/2000). O STF, na ADIN n.º 2310 concedeu liminar para a suspensão das contratações com base na CLT, por entender que nas funções das agências reguladoras encontrava-se o exercício do poder de polícia, atividade típica do Estado. Com a revogação dos dispositivos pela Lei 10.871/2004, acatando a tese do STF, o regime celetista para as agências reguladoras foi revogado. A autora, no entanto, não explica a contento o porquê de o regime celetista ser, necessariamente, mais adequado do que o regime estatutário.

cunhadas no contexto do neoliberalismo. Ao contrário, continua-se dependente de uma estrutura estatal – ou de uma *burocracia forte*, na expressão de Peters e Pierre (idem, p. 23), sendo certo que eles utilizam o termo burocracia num sentido próximo ao conceito tradicional de Administração Pública para o direito administrativo enquanto Estado-administrador, ou Governo, atividades administrativas do Poder Executivo (Cf. Moreira Neto, 2009, p. 125 e ss.). “Burocracia forte”, contudo, se distancia de uma visão patrimonialista ou da estrutura de um Estado que tutela a si mesmo, para se identificar com aquela que consegue entregar serviços públicos de qualidade à população. Além disso, essa estrutura de gestão pública deve ter suas ações referenciadas à juridicidade, aqui entendida como legalidade, legitimidade e moralidade (Moreira Neto, 2009). “A natureza de garantidora do cumprimento da lei da gestão pública é a salvaguarda contra o clientelismo, a corrupção e o favorecimento pessoal.” (Peters; Pierre, idem, p. 23). Nesse sentido, pode-se afirmar, sem um custo alto de apresentação de provas exaustivas, que a Administração Pública brasileira ainda não se coloca plenamente como uma estrutura forte do ponto de vista da eficiência-democrática, isto é, no sentido de uma *boa administração*.

Saloojee e Fraser-Moleketi¹⁴ (2010, p. 494), referindo-se à reforma administrativa nos países em desenvolvimento, salientam que as estruturas da nova gestão pública (NGP), com enfoque na eficiência e na efetividade, não representam um discurso neutro, mas sim se insere na agenda neoliberal de reestruturação do modelo keynesiano da década de 1980, imposta externamente como condição para os empréstimos do Banco Mundial e do FMI aos países em desenvolvimento¹⁵, constituindo, assim, o que identificam como a “primeira onda” de reforma dos serviços públicos. O equívoco, segundo os autores se encontra na crença de que se tratava de um modelo universal de administração, sem distinguir entre as peculiaridades dos serviços públicos ofertados nos países desenvolvidos e naqueles dito em desenvolvimento. Além disso, os autores apontam o caráter tautológico das propostas centradas no transplante de uma ótica

¹⁴ Ambos os autores citados são estudiosos sul-africanos, Anver Saloojee foi conselheiro especial da Presidência no governo da África do Sul e é professor de política e administração pública na Universidade de Ryerson, em Toronto; Geraldine Fraser-Moleketi foi ministro do Governo, Administração e Serviços Públicos da África do Sul e diretor do Grupo de Governança Democrática da Agência para o Desenvolvimento de Políticas do Programa nas Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

¹⁵ Segundo os autores (2010, p. 495), “Os empréstimos para ajuste estrutural (EAE) foram fornecidos com a condição de que os países implementassem as seguintes políticas: 1. abertura da economia nacional ao investimento e à propriedade estrangeiros; 2. abolição de subsídios governamentais aos produtos alimentícios de subsistência; 3. liberação comercial; 4. abolição de subsídios governamentais aos agricultores; 5. desvalorização das moedas nacionais; 6. Instituição da disciplina fiscal macroeconômica (por exemplo, nenhum déficit); 7. desregulamentação dos mercados domésticos; 8 privatização de empresas estatais; 9. permissão à entrada do setor privado em áreas nas quais pode fornecer bens públicos (assistência médica, água, saneamento, educação etc.); 10. comprometimento com uma política de crescimento orientada pela exportação; 11. desregulamentação dos custos do trabalho; 12. instituição de taxas de utilização dos serviços governamentais.”

privada para a esfera pública, por considerar como eficientes quem aderiu a tal normativa e ineficientes os demais, a eficiência seria comparada somente a partir da adoção de tais critérios.

Uma “segunda onda” da NGP, na década de 1990, teve foco “num conjunto mais amplo de reformas cujos objetivos eram ‘incrementar’ a avaliação do desempenho, o monitoramento, a transparência, a comparação, a descentralização, a regulação e a gestão financeira sólida.” (idem, p. 498), cujos resultados apontavam para um baixo ganho nos objetivos propostos. No que identificam como a “terceira onda”, em 2002 e 2003, o Banco Mundial¹⁶ vinculou a reforma do serviço público à boa governança e à pobreza. Introduz-se a redução da pobreza como um elemento teleológico desse movimento de reformas no plano da gestão administrativa. Segundo os autores, pela primeira vez o movimento de reforma incrementado pelo Banco Mundial considerou que as especificidades locais influíam nos resultados, o objetivo do Banco Mundial, em estudo de 2003, agora era tornar “a reforma do setor público um elemento-chave de sua ajuda e de seu diálogo com os países clientes”. (idem, p. 503). O conteúdo da reforma almejava, portanto:

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

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

Essas referências foram destacadas para evidenciar que o quadro normativo não ousa disciplinar, a priori, todas as questões referentes à Administração Pública e que o desejo por

¹⁶ Os autores citam os seguintes estudos do Banco Mundial: *Civil Service Reform, Strengthening World Bank and IMF Collaboration*. Washington: World Bank, Technical Paper n. 24494, 2002; e *Poverty Reduction and Economic Management Unit (ECSPE), Europe and Central Asia Region. Understanding Public Sector Performance in Transition Countries - an empirical contribution*. Washington: World Bank, 2003.

uma administração pública eficiente (boa) não deve ser pensado exclusivamente sob o prisma jurídico. Ao contrário, as normas jurídicas são, por vezes, veículos dessas reformas, como já ressaltado. No entanto, quando as estruturas de regramento social do Direito são utilizadas para implementar as mudanças pretendidas na reforma administrativa, há de se observar que todo o potencial hermenêutico das normas jurídicas deverá ser utilizado. Isto quer dizer que, por exemplo, uma vez inserida na CRFB, pela EC 19/1998, o princípio da eficiência deve ser lido numa perspectiva não meramente econômica ou de matriz neoliberal, mas em acordo com todos os outros princípios e mandamentos constitucionais, em especial, defende-se, com os que definem os fundamentos e as finalidades do Estado brasileiro (arts. 1º e 3º), comprometido constitucionalmente com a implantação de um Estado republicano, democrático e social de Direito. Se isso se traduzirá numa “censura jurídica” (Valle, 2011), é questão relativa, pois resulta da legítima interseção entre os campos da Política (política econômica, muitas vezes) e do Direito. O que se propõe não se confunde com uma postura ativista de engajamento político-ideológico dos julgadores, mas a vinculação aos mandamentos constitucionais, na busca de uma interpretação sistêmica da Constituição, de modo que seja ressaltado seu caráter normativo e seu espírito de unidade (Hesse, 1998).

Ao se conjugar, para se manter no exemplo dado, o princípio da eficiência com aspectos morais legais, tem-se um resultado hermenêutico que não necessariamente privilegiará aspectos econômico-financeiros em detrimento da moralidade ou da legalidade-legitimidade de um ato que esteja sob questionamento. Aliás, essas características são hoje apontadas como integrantes de um novo estágio da proposta das reformas administrativas, sobretudo perpassando pela incorporação da governança, tendo em vista que a desestabilização do mercado financeiro, numa ameaça de crise global, fez com que se ressaltasse o papel do Estado no resgate do setor privado (Saloojee e Fraser-Moleketi, 2010, p. 507). Os autores citados destacam que esse quadro sinaliza para a centralidade e relevância do Estado desenvolvimentista, pautado numa relação democrática com a sociedade civil, como a “quarta onda” das reformas. O caso brasileiro, nos últimos anos, aponta nesta mesma direção, em que a melhoria dos indicadores sociais, sobretudo em termos de distribuição de renda, se deveu muito mais a programas do Governo Federal de transferência de renda do que pelo incremento direto da produção e do mercado, que, aliás, vem sendo estimulados pela intervenção do Estado, por exemplo, na utilização do caráter extrafiscal de certos tributos.

Como salientam Peters e Pierre, “Uma burocracia pública forte é também crucial para dar suporte a valores democráticos como equidade, segurança legal e tratamento igualitário. Por estas razões, uma burocracia forte em um Estado fraco precisa ser um arranjo sustentável

a longo prazo.” (2010, p. 23). Essa preocupação com a continuidade das políticas é essencial para a possível aferição dos resultados e mesmo para o controle e a *accountability* dos administradores públicos. Tudo isso faz com que a função administrativa cada vez mais seja destacada, devendo, por isso mesmo, ser envidados esforços para compreender juridicamente sua atuação e amadurecer instrumentos de controle – sem o esmagamento de sua área de autonomia institucional – com a responsabilização de seus agentes. Esse é o contributo que o Direito pode ofertar na orquestração de uma realidade republicana e democrática. A proposta feita, então, por Saloojee e Fraser-Moleketi, no âmbito da disciplina da administração pública não se distancia dos mesmos comprometimentos que devem pautar as investigações jurídicas:

Mas a própria administração pública pode ser revitalizada na e por meio da crise. Em muitas democracias emergentes, há a necessidade de fortalecer a administração pública e de torná-la baseada em valores, centrada no cidadão e eticamente robusta. Se isso não for realizado, a fusão e a confusão da democracia como regime político com a administração pública podem levar, em casos extremos, ao desgaste da democracia. A quarta onda de transformações dos serviços públicos pretende tornar a administração pública mais proativa, eficiente, responsável e, especialmente, mais orientada a serviços. Requer a introdução de inovações no setor público e em sua estrutura organizacional, práticas, capacidades, inclusive no modo de mobilização, emprego e utilização de recursos humanos, materiais, informacionais, tecnológicos e financeiros para o fornecimento de serviços principalmente a populações distantes, desamparadas e desafiadas. (Saloojee e Fraser-Moleketi, 2006, p. 506).

É nesse sentido que se pode concluir parcialmente que a eficiência, para se manter no exemplo dado, embora tenha ingressado na Constituição a partir de uma vertente de proximidade com a economia, não se esgota em aspectos típicos do setor privado como custo-benefício, preço, mas se coloca como uma proposta de maximização de acesso aos bens jurídicos, numa perspectiva de igualdade formal e material:

A despeito de toda a ênfase na Nova Gestão Pública, eficiência pode ser o menos importante valor para o setor público, especialmente aos olhos do público. Para este, importa mais a prestação dos serviços, e que estes sejam prestados de maneira responsável e humana, que o custo por unidade de serviço entregue. Isso não significa que o gestor público não deve cuidar da eficiência, apenas que isso não necessariamente é um valor dominante. (Peters; Pierre, 2010, p. 28).

A construção do bem comum é inerente à atuação do Estado, que se legitima na medida em que instrumentaliza os direitos fundamentais e fomenta o projeto de sociedade erigido constitucionalmente. A hermenêutica constitucional deve estar atenta para essa realidade, no sentido de interpenetração entre normatividade e realidade, entre Estado e sociedade, tal qual apregoado por Konrad Hesse (1998). É nesse contexto que o direito à boa administração, entendido sob o prisma republicano de bem comum, igualdade e responsividade, aponta para a eficiência-democrática, na atuação da Administração Pública, e se coloca como instrumento para uma hermenêutica comprometida com aquele projeto constitucional, não por condescendência ou coincidência com a filiação ideológica do julgador, mas por indicar a concretização da Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio republicano, o direito à boa administração e a governança podem ser vistos como elementos estruturantes de uma hermenêutica voltada para a concretização da Constituição. Nesse ponto, para além da resolução de conflitos no e pelo Poder Judiciário, porém, uma vez identificando que muitos desses conflitos num Estado pautado por uma Constituição dirigente – ainda que esse fato seja objeto de inúmeras críticas – nascem da incapacidade da Administração Pública implementar satisfatoriamente direitos e vantagens constitucionalmente assegurados, o direito à boa administração, o princípio republicano e a governança podem ser direcionados para as fases de programação e execução das políticas públicas, num *controle de constitucionalidade* social – e mesmo jurídico, conforme o caso – prévio.

O reconhecimento do direito à boa administração aponta para o aperfeiçoamento institucional da Administração Pública, que deve ser democratizada à medida que incorporar a governança e se comprometer com um projeto de nação.

Por fim, ressalta-se que o reconhecimento de um direito à boa administração não deve ser entendido como um mero exercício de retórica. Sua identificação, seja como mais um princípio regente da Administração Pública, seja como autêntico direito subjetivo de cidadania, se adéqua ao papel que se espera do constitucionalismo contemporâneo e aos anseios de uma sociedade cada vez mais marcada pela complexidade interna e externa, vale dizer, nacional e supranacional, com a sua profusão de riscos. Num ambiente social e político de baixa cultura democrática, como o Estado brasileiro, a exigência cidadã da boa

administração pública pode influir nas questões pertinentes às políticas públicas, em suas mais diferentes fases, seja pelo reconhecimento de sua insuficiência ou da omissão dos órgãos competentes em sua elaboração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed., 2010a.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, 2010b. Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf.

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

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

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

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

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 3ª Ed. Campinas/SP: Russell Editores, 2010. (*papers* citados n.º 10, 51, 68, 70 e 71).

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

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

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

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

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

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

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

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

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

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

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.