

Odete Medauar

O direito administrativo em evolução

3ª edição



Gazeta Jurídica

Tópicos inseridos a partir de 2003

SUMÁRIO: 8.1 Considerações preliminares; 8.2 Princípio da boa administração; 8.3 Políticas públicas; 8.4 Consensualidade; 8.4.1 Meios consensuais de solução de litígios envolvendo a Administração Pública; 8.5 Governança; 8.6 E.administração - e.governo; 8.7 Direito Administrativo sem Estado; 8.8 Direito Administrativo global.

8.1 Considerações preliminares

As mudanças ocorridas na vida social, no Estado, na Administração Pública e no Direito Administrativo levaram à inclusão, no temário deste ramo, de assuntos ausentes na sua elaboração clássica ou nos acréscimos efetuados nos anos 70, 80 e 90 do século XX. Tais matérias advieram, de modo acentuado, a contar dos primórdios do século XXI, figurando em livros, artigos, dissertações, teses. Serão ventilados, na sequência, os novos temas surgidos com mais frequência nas obras doutrinárias, desde 2003.

8.2 Princípio da boa administração

O princípio da boa administração, também citado como direito fundamental à boa administração emergiu após ser promulgada, em dezembro de 2000, em Nice, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que o prevê no art. 41, denominado Direito a uma boa administração, nos termos a seguir:

“Artigo 41

Direito a uma boa administração

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

Na visão de Ponce Solé,¹ “o direito à boa administração leva à mudança de paradigmas em relação à atividade administrativa e à sua inserção em novos, mais adaptados às atuais necessidades...; e pode ajudar a obter melhores decisões públicas; há relevante passo em direção ao bom governo e boa administração”; para o mesmo autor, esse direito significa: bons procedimentos de decisão e bons motivos para apoiar a decisão final”; em trecho adiante observa: “embora se possa considerar o art. 41 um guarda-chuva, incluindo direitos já existentes e tornando mais fácil ao cidadão conhecê-los, é viável identificar algo novo neste artigo: o dever legal, para as autoridades públicas, ao devido cuidado ou devida diligência nas decisões”.

Em linha similar discorre Jaime Rodriguez-Araña:² “uma primeira leitura do artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais dá a impressão de que tal preceito é um bom resumo dos direitos mais relevantes que os cidadãos têm em suas relações com a Administração; a novidade reside no fato de que a partir de agora trata-se de um direito fundamental da pessoa”.

Vários autores apontam o conteúdo do referido princípio, com variações.

1 The right to good administration and the role of Administrative Law in promoting good government, in *Social Science Research Network* (e, ainda, *Social Science Electronic Publishing*), 24.01.2016, p. 4, nota 4, 5 e 10.

2 *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Trad. Daniel Wunder Hachem. Forum, 2012, p. 159.

Para Juarez Freitas³ aí se abrigam, dentre outros, os seguintes direitos: (a) à administração pública transparente...; (b) à administração pública dialógica...; (c) à administração pública imparcial...; (d) à administração pública proba...; (e) à administração pública respeitadora da legalidade moderada...; (f) à administração pública eficiente e eficaz...

De seu lado, Giacinto della Cananea⁴ inclui na boa administração: o respeito a regras preestabelecidas; adequados procedimentos antes da decisão final; a coerência destas decisões com os resultados da atividade instrutória”.

Luis Ortega⁵ menciona o princípio da boa administração, “com todas as implicações quanto à transparência da atividade administrativa, quanto às obrigações de reconhecer direitos processuais substanciais, como o de ser ouvido, e quanto à motivação dos atos, especialmente os de recusa”.

Ponce Solé⁶ aponta a decisão da Corte de Justiça da União Europeia, de 12.06.2014, (caso T/286/09), conectando “boa administração a transparência, objetividade e obrigação de registro de contatos informais sobre o assunto objeto de apuração”; e, também, decisão da mesma Corte, de 29.04.2015 (Claire Staelen x European Union Ombudsman), dando “o padrão da boa administração: o dever de coletar todos os relevantes fatores (fatos, interesses, normas, direitos, etc); o dever de considerar as razoáveis alternativas suscitadas durante o procedimento; o dever de levar em conta todos os relevantes fatores e desconsiderar os irrelevantes; o dever de realizar uma racional relação entre a decisão final e esses fatores, expondo o cumprimento dos três outros deveres, mediante a motivação”.

8.3 Políticas públicas

A expressão *políticas públicas* (ou *política pública*) passou a figurar na linguagem e nos estudos do Direito Administrativo a partir dos primeiros

3 Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”, in Aragão; Azevedo Marques Neto (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Forum, 2008, p. 312.

4 I principi del diritto globale, in Renna; Saitta (org), op. cit., p. 67.

5 L'evoluzione delle basi costituzionale del diritto amministrativo, in D'Alberti (org.) *Le nuove mete del diritto amministrativo*. Il Mulino, 2010, p. 163.

6 Op. cit., p. 15 e 19.

anos do século XXI, originada de estudos de ciências sociais realizados nos Estados Unidos.⁷ Autores brasileiros e estrangeiros demonstram interesse no tema, inclusive formulando conceitos, como nas citações exemplificadas a seguir.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, política pública representa “um *complexo de processos* destinados à formulação, planejamento, orçamentação, programação e execução de ações, que implementem a efetiva e concreta realização dos cometimentos *constitucionalmente atribuídos* ao Estado...”.⁸

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas constituem “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁹

Para Ana Paula de Barcellos o “conjunto de atividades da Administração para implementar ações e programas dos mais diferentes tipos e garantir a prestação de determinados serviços, etc para efetivar os comandos contidos na ordem jurídica pode ser identificado como “políticas públicas”.... “As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente...”.¹⁰

Como observa Clarice Seixas Duarte, “a política pública deve visar à realização de direitos por meio de arranjos institucionais que se expressam em programas de ação governamental complexos”.¹¹ Na visão de Pedro Thomé de Arruda Neto “significa uma diretriz estatal, prevista na Constituição e/ou na legislação em vigor, exteriorizada em uma sequência de atos praticados com

7 Sobre a origem da atenção dedicada ao estudo das políticas públicas, v., p. ex.: Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2009, p. 34-40; Pierre Muller, *Les politiques publiques*. Paris: 2003, p. 14-21.

8 *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Forum, 2011, p. 106.

9 *Direito administrativo e políticas públicas*. 1ª ed, 2ª tiragem. Saraiva, 2006, p. 241.

10 Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, in *RDA*, nº 240, abr./jun. 2005, p. 90 e 102.

11 O ciclo das políticas públicas, in Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Bertolin (org.) *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

uma finalidade coletiva de realização de direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta gerações...”.¹²

Por sua vez, Gaetano D’Auria oferece a seguinte noção: “Conjunto das atividades que vão desde a enunciação (em documento governamental, numa lei, num plano de intervenção) dos objetivos a alcançar na definição dos programas operacionais até a análise das interações entre a atuação pública e o ambiente (econômico, social, organizacional etc.) no qual é destinado a produzir ou produziu efeitos”.¹³

Percebe-se, dos conceitos supra, que *política pública* diz respeito a um conjunto de atividades para elaborar e concretizar um programa de ação governamental, não sendo decisão isolada. Daí a ponderação de Vanice Lírio do Valle no sentido de haver “multiplicidade de atores, de possibilidades e instrumentos de concretização, de ações; e continuidade de ações (ou omissões) determinando consequências”; “políticas públicas se constroem a partir do signo da multiplicidade e não de ser entendidas numa perspectiva de continuidade, de projeção para o futuro de efeitos e obrigações”.¹⁴ De seu lado, Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho salienta que “a categoria da política pública é inovadora na ordem jurídica, porque se distingue das categorias de normas e atos jurídicos, embora esses elementos sejam partes integrantes dela”.¹⁵

Assim, por exemplo, erradicar o analfabetismo no Brasil seria uma política pública, envolvendo um plano de múltiplas atividades, diversos atores públicos e privados, alocação de recursos, aferição contínua dos resultados.

Na literatura sobre o tema, são aventadas, com algumas variações, as fases ou *grade sequencial*¹⁶ das políticas públicas: a) identificação do problema e sua inserção na agenda governamental; b) formulação do plano ou programa ou estratégia para sua solução (p. ex.: quais métodos, meios, atores, prazos etc.); c) previsão e alocação de recursos financeiros e provisão

12 *Direito das políticas públicas*. Forum, 2015, p. 66. Sobre o tema *políticas públicas* v. ainda: Smanio, Gianpaolo Poggio; Bertolin, Patricia Tuma (org). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. Atlas, 2013.

13 I controlli, in Cassese (org.). *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2004, p. 344.

14 *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2009, p. 37.

15 *Políticas públicas e controle de juridicidade*. 2010, p. 84.

16 Expressão usada por Pierre Muller. *Les politiques publiques*. Paris: PUF, 2003, p. 23.

de outros recursos); d) implementação; e) análise dos resultados e, se for o caso, encerramento do programa ou projeto.¹⁷

Expressões e vocábulos emergem na literatura estrangeira sobre políticas públicas. Na França, por exemplo, Jacqueline Morand-Deville menciona o projeto denominado *Revisão geral das políticas públicas* (RGPP), o qual, a partir de 2012, com um novo governo, “foi substituído por uma política intitulada “*modernização da ação pública* (MAP)”; a mesma autora se refere à *avaliação das políticas públicas*, significando “comparar os resultados aos objetivos previstos em programas; o método é agora consagrado no mais alto nível, pois a Lei Constitucional de modernização das instituições da República, de 28 de junho de 2008, atribui ao Parlamento, o encargo de avaliar as políticas públicas (art. 24) e reforça seus meios para ter êxito nessa missão mediante a assistência da Corte de Contas (art. 47-2)”; “esta lei outorga à Corte de Contas a função de “assistir o Governo na avaliação das políticas públicas”.¹⁸ Para Gaetano D’Auria, a *avaliação das políticas públicas* “consiste em juízo sobre a atividade (a se desenvolver ou desenvolvida) em relação ao seu impacto sobre destinatários, diretos e indiretos, da ação; é propriamente a análise de tal impacto que fornece a medida da utilidade da própria ação ou a necessidade de melhor organizá-la”.¹⁹ Elisenda Malaret²⁰ informa a criação, na Espanha, da Agência de Avaliação das Políticas Públicas e Qualidade dos Serviços, institucionalizando esta avaliação como ferramenta habitual na Administração, visando à atuação com maior transparência, eficácia, eficiência e qualidade”.

Na matéria, se discute a questão de ser viável ou não o *controle* incidente sobre as políticas públicas. Exemplifique-se com Ana Paula de Barcellos, no texto seguinte: “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema,

17 A respeito das fases ou grade sequencial das políticas públicas, v., p. ex.: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*, 2008, p. 124; Vanice Lirio do Valle, *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2009, p. 45; Pierre Muller. *Les politiques publiques*. 2003, p. 23-24.

18 *Cours de Droit administratif*. 14^a ed. 2015, p. 114 e 115.

19 I controlli, op. cit., p. 344.

20 La modernización administrativa en España, in D’Alessio; Di Lascio (org.). *Il sistema amministrativo a dieci anni dalla “Riforma Bassanini”*. 2009, p. 75 e 81.

não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico”.²¹

No Brasil, encontram-se amplas referências e debates sobre o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário e neste âmbito também surgiram expressões ou vocábulos antes não ventilados.

A respeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto observa: “Não é pacífica a aceitação de que a obrigação de atingir resultados qualificados pela legitimidade e pela eficiência, tanto nos meios como nos fins, que executem as diretrizes constitucionais, possa ser objeto de controle judicial. Tal questão é um desafio, talvez um dos maiores do Direito Público neste século, que se apresenta à racionalização da vida organizada graças às possibilidades abertas pelo neoconstitucionalismo”.²²

A expressão *mínimo existencial* é invocada nos estudos sobre o controle jurisdicional das políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover menciona a garantia do *mínimo existencial*, oferecendo alguns exemplos: “Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça. É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las...”.²³

Ainda no tema do controle jurisdicional das políticas públicas, ao se cogitar dos custos, despesas ou recursos para a sua concretização, emerge uma expressão de recente ingresso no vocabulário do Direito Administrativo, do Direito Constitucional e dos estudos dos Direitos Fundamentais: *reserva do possível*. Em decisões dos tribunais brasileiros e nas contestações das autoridades administrativas, invoca-se a chamada cláusula da *reserva do possível*, para afirmar dificuldades de concretização de direito individual

21 Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, in *RDA*, 240, abr./jun. 2005, p. 92. Sobre o controle das políticas públicas, inclusive jurisdicional v. p.ex: Medauar, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª ed. RT, 2014, cap. 10 e 11.

22 *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*, 2008, p. 129-130. Do mesmo autor, v. ainda, na matéria: o 3º e o 4º ensaios no livro *Novas mutações juspolíticas*. Fórum, 2016, p. 85-98 e 99-104, respectivamente.

23 O controle jurisdicional das políticas públicas, in Grinover, Watanabe (org). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Forense, 2011, p. 132 e 133.

ou de políticas públicas, por ausência ou insuficiência de recursos, ausência de previsão orçamentária explícita ou em virtude de eventual desequilíbrio orçamentário.

Na percepção de Juliana Bonacorsi de Palma,²⁴ “o tema das políticas públicas é um convite à revisitação de diversos temas estruturantes do Direito Administrativo e qualifica seu repertório. Não são mais estranhas expressões como reserva do possível, mínimo existencial, justiça distributiva, justiciabilidade e judicialização do Direito Administrativo”.

8.4 Consensualidade

Embora se realizassem anteriormente práticas consensuais na Administração Pública, o tema, seu estudo e aplicação se divulgaram e expandiram, com intensidade, desde os primórdios do século XXI. Bem exprime tal quadro o subtítulo conferido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto a estudo de sua autoria: “Eclode a Administração consensual”;²⁵ para o autor “a consensualidade é um enriquecimento do Direito Administrativo, que a ele se incorpora permanentemente”.²⁶

A matéria vem tratada ainda sob os nomes *Administração consensual*, *direito administrativo do consenso e transigibilidade*.²⁷

Autores nacionais e estrangeiros passaram a discorrer sobre a consensualidade em trabalhos específicos ou destinados a apontar transformações na Administração Pública e no Direito Administrativo. Alguns exemplos a seguir revelam o interesse suscitado pelo tema.

- 24 Direito Administrativo e políticas públicas - o debate atual. In Menezes de Almeida, Fernando; Marques Neto, Floriano de Azevedo; Hadlich Miguel, Luiz Felipe; Rhein Schirato, Vitor (org.). *Direito público em evolução. Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Forum: 2013, p. 201.
- 25 Presente no livro *Mutações do direito público*. Renovar, 2007, p.333. O mesmo autor expõe sobre a matéria, p. ex., no trabalho denominado *Administração pública consensual*, no livro *Mutações do direito administrativo*. 3ª ed., Renovar, 2007, p. 37-48.
- 26 *Administração pública consensual*, no livro *Mutações do direito administrativo*. 3ª ed. Renovar, 2007, p. 48.
- 27 A palavra *transigibilidade* é empregada por Vanice Lírio do Valle, no artigo *Transigibilidade: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI*, in *Forum Administrativo*, Ed. Forum, ano 11, n. 123, mai. 2011, p. 9-18.