

DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO

Recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento*

CÍNTIA MORGADO

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução; 2. As garantias de proteção dos direitos fundamentais; 3. As garantias da organização e do procedimento; 3.1. Notas introdutórias: o resgate da comunicabilidade entre direitos fundamentais, organização e procedimento; 3.2. A dupla dimensão dos direitos fundamentais. A irradiação do sistema de valores sobre a organização e o procedimento; 3.3. A efetivação dos direitos fundamentais através da organização e do procedimento; 3.4. A subjetivação da organização e do procedimento; 3.5. A interdependência relacional: confluências recíprocas entre direitos fundamentais, organização e procedimento; 4. O direito à boa administração: relação recíproca entre direitos fundamentais, organização e procedimento; 4.1. Direito à boa administração: notas introdutórias; 4.2. Natureza da boa administração: direito, princípio ou valor?; 4.3. Para além do direito comunitário: a inserção nos ordenamentos jurídicos nacionais; 4.4. Eficácia e efetividade do direito fundamental à boa administração: aperfeiçoamento da organização administrativa e do sistema de direitos fundamentais; 4.4.1. As mudanças sofridas pela função administrativa e pelo Estado-Administração: variedade e constância a exigir adaptação; 4.4.2. A dimensão do direito à boa administração: abertura da Administração à realidade e integração do cidadão nas decisões administrativas; 5. Conclusões; 6. Referências

1. Introdução

A boa administração é expressão não recente na literatura jurídica europeia. No entanto, de ideal, princípio, dever até direito, a trajetória é de contínua conquista e densificação. A consagração na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice) trouxe para o centro do debate a nota organizatória de um direito de cidadania, o direito fundamental à boa administração.

No presente trabalho, pretende-se debater a) se o direito à boa administração é um valor, princípio e/ou direito; b) a aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos nacionais para além da ordem comunitária; c) quais são os efeitos jurídicos extraídos do valor, direito e/ou princípio.

Para enfrentar tal mister, faz necessário resgatar a comunicabilidade entre direitos fundamentais, organização e procedimento, de modo a demonstrar que assim como a organização e o procedimento recebem a irradiação dos direitos fundamentais (dimensão objetiva), os direitos fundamentais também dependem em alguma medida de organização

* Trabalho apresentado à Disciplina de Direitos Fundamentais do Mestrado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

e procedimento para serem efetivados. Ainda que a ausência de garantias não importe na inexistência do direito a ser garantido, é de extrema importância o fornecimento pelo ordenamento jurídico de instrumentos protetores e promotores dos interesses tutelados, sob pena de o direito permanecer apenas em declarações de boas intenções.

Neste sentido, o direito à boa administração atualiza o debate sobre a relação recíproca entre a parte substantiva e a parte adjetiva da Constituição, entre direitos e suas garantias, pois a função administrativa é completamente transformada, eis que constitucionalmente vinculada, a ser desempenhada pelo Estado e, o mais amplamente possível, compartilhada com os cidadãos.

2. As garantias de proteção dos direitos fundamentais

No Estado Constitucional Democrático, caracterizado por princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e por princípios de estrutura e fins do Estado de Direito Democrático e Social¹, a posição ocupada pelos direitos fundamentais se caracteriza por quatro extremos: máxima hierarquia, máxima força jurídica, máxima importância do objeto e máxima indeterminação, de acordo com os ensinamentos de Robert Alexy.²

A *máxima hierarquia* dos direitos fundamentais decorre simplesmente de estarem na Constituição. Por conseguinte, um diploma infraconstitucional contrário à Carta fundamental é nulo e inconstitucional. A *máxima força jurídica* dá vigor ao primeiro extremo, eis que os direitos fundamentais não são meras declarações programáticas. Vinculam todos os Poderes e sua observância pode ser controlada pelo Poder Judiciário. Aliás, parte de sua obrigatoriedade advém da controlabilidade judicial. A *máxima importância do objeto* denota a posição fundamental para a estrutura básica da sociedade. Por fim, a *máxima indeterminação* dos direitos fundamentais impõe a constatação de que não se pode retirar todo o significado das disposições do catálogo de direitos fundamentais, papel realizado pela jurisprudência da Corte Constitucional.³

Para os fins das explicações a seguir, sobressai a máxima força jurídica dos direitos fundamentais. Robert Alexy estabelece este extremo como definidor da *posição* ocupada pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Para outros autores, no entanto, trata-se de *elemento* componente do próprio direito fundamental. Perez Luño adverte, ao propor uma definição dos direitos fundamentais, que um dos pressupostos que contribuem para perfilar o significado daqueles é o de gozar de um regime de proteção jurídica reforçada⁴, ou seja, normas dirigidas à garantia dos direitos. De forma mais taxativa, a clássica tese de Hans Kelsen configura o direito subjetivo como mero reflexo de uma obrigação jurídica e serve de base para o entendimento difundido que identifica os direitos fundamentais com suas garantias e, em particular, com suas garantias secundárias, nomeadamente, a acionabilidade em juízo. Assim, um direito formalmente

¹ Os princípios fundamentais apontados compõem e caracterizam a República Federativa Alemã, a República Federativa Brasileira (arts. 1º, 5º), bem como a República Portuguesa (arts. 1º, 2º, 9º).

² ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo, n. 217: pp. 55 a 66, 1999.

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27. ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, p. 55.

⁴ "Al definir los derechos fundamentales, advertiré de que uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar su significado es el de gozar de un régimen de protección jurídica reforzada." PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*. 5ª. ed. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 46 e 65.

reconhecido, mas não justificável, seria um direito inexistente⁵ ou não seria um verdadeiro direito⁶.

Entretanto, em concordância com Luigi Ferrajoli⁷, não há que se prosseguir com a indevida identificação entre institutos diversos. Neste sentido, a inexistência de uma garantia correspondente a um determinado direito fundamental não implica na inexistência do próprio direito fundamental, nem o desnatura. Nada obstante seja evidente lacuna que os poderes públicos têm obrigação de colmatar, trata-se, a constatação da ausência dos elementos assecuratórios do direito, de fato empírico possível e, por vezes, inevitável.⁸

Embora não se considere que a tutela do direito é nota de existência do próprio direito, a efetividade dos direitos fundamentais, traduzida na aproximação entre a normatividade e a realidade, depende de mecanismos assecuratórios, sob pena de se configurar apenas um direito de papel.⁹ Concebidos como idéias nucleares e matrizes do constitucionalismo moderno, os direitos fundamentais seguem ao longo de sua trajetória histórica sofrendo com a inocuidade das declarações de direitos, muitas vezes, significando apenas prova de boas intenções do constituinte.¹⁰ Portanto, há que se concordar com Norberto Bobbio quando leciona que um dos problemas dos direitos fundamentais é a respectiva proteção.¹¹

E se parte do presente trabalho refere-se ao estudo de uma espécie de garantia, faz-se necessário compreender o instituto. As garantias de proteção dos direitos fundamentais podem ser melhor compreendidas através do desdobramento em três elementos: *i*) um interesse tutelado; *ii*) um risco à normatividade dos enunciados; e *iii*) a garantia propriamente dita, que seriam os mecanismos de segurança objetivamente idôneos tendo em conta sua operatividade para salvaguardar o defender o interesse tutelado.¹²

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 29.

⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁷ *Ibid.*, pp. 26, 45 a 47, e 50.

⁸ Ocorre que a existência de uma obrigação ou proibição, uma permissão ou uma expectativa jurídica depende da existência de uma norma positiva que a preveja, que, por sua vez, não é deduzida de outras normas, senão como fato empírico, do ato de sua produção. Por isso, é possível que dado um direito subjetivo, não exista – ainda que devesse existir – a obrigação ou a proibição correspondente. Assim como pode existir uma permissão e uma proibição para o mesmo comportamento. Embora estejam implicadas logicamente, podem ser violadas e, muitas vezes, nem sequer normativamente estabelecidas as garantias. Em suma, são possíveis e até mesmo inevitáveis tanto as lacunas como antinomias, que equivalem a uma inobservância dos direitos positivamente estipulados. (grifos nossos). FERRAJOLI. *Derechos fundamentales*, pp. 26, 45a 47, 50.

⁹ Guastini, Ricardo *apud*, FERRAJOLI. *Derechos fundamentales* p. 48. Luis Aguiar Luque cita Pablo Lucas Verdu: “De poco sirven las nuevas Declaraciones de los Derechos si no van acompañadas de las garantías que aseguren su eficacia.” AGUIAR DE LUQUE, Luis. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución española. *Revista de Derecho Político*, n. 10, 1981, p. 108.

¹⁰ AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución española*, p. 107.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43. No entanto, não se pode aceitar a afirmação de que também não seja objeto de preocupação a justificação dos direitos fundamentais. Não é objeto de nosso trabalho a justificação ou a fundamentação dos direitos fundamentais, mas considera-se que este estudo é importante para definição dos limites e possibilidades de concretização do direito fundamental.

¹² AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Op. cit.*, p. 110.

Em primeiro lugar, o objeto protegido pelas garantias, ou seja, o interesse tutelado, são os direitos fundamentais.¹³ Consistem em expectativas negativas ou positivas a que correspondem obrigação (de prestação) ou proibição (de lesão).¹⁴ Importa ressaltar que os direitos fundamentais têm dupla dimensão (subjetiva e objetiva) e, por tal razão, não se pode perder de vista que, além da consideração individual, há conexões com o resto do ordenamento e dos diferentes operadores jurídicos do sistema.¹⁵ Em segundo lugar, as garantias dos direitos fundamentais podem ser acionadas contra o perigo potencial ou efetivo que ameaça o valor normativo do interesse constitucionalmente tutelado proveniente dos poderes públicos (ação ou omissão) e dos particulares. Em terceiro lugar, a Constituição arbitra *mecanismos jurídicos de seguridad que el ordenamiento constitucional establece a fin de salvaguardar y defender la integridad de su valor normativo*.^{16,17} As garantias traduzir-se-iam na respectiva obrigação ou proibição (garantias primárias), bem como na obrigação de reparar ou sancionar judicialmente as lesões aos direitos (garantias secundárias).¹⁸

Ocorre que as garantias, ou seja, os mencionados mecanismos assecuratórios dos direitos fundamentais, possuem estruturas muito diversas, já que algumas atuam com caráter prévio e outros com caráter reparador.¹⁹ Daí as diferentes classificações feitas pelos autores, levando em consideração critérios diferentes. Perez Luño classifica as garantias, para além do pressuposto do Estado de Direito, em normativas, jurisdicionais e institucionais.²⁰ Luis Aguiar Luque, por sua vez, classifica as garantias em reserva de lei em matéria de direitos fundamentais, instrumentos jurisdicionais e magistratura de influência e opinião.²¹ Outrossim, Vieira de Andrade classifica as garantias em institucionais, funcionais, organizativas e procedimentais.²²

¹³ A tentativa de conceituar o instituto “garantia” e distingui-lo de “direito” não é livre dificuldades, até porque há direitos que conjugam as características de garantia, como é o caso do direito à boa administração.

¹⁴ FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 26.

¹⁵ Em outras palavras, os direitos fundamentais gozam de dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Eis que não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas que estes são titulares perante o Estado, mas também valem juridicamente do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir, em grande medida através da ação estatal. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª. edição. Coimbra: Almedina, 2009, p. 109.

¹⁶ AGUIAR DE LUQUE, *Op. cit.*, p. 109.

¹⁷ *Ibid.*, p. 112-117

¹⁸ FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 26.

¹⁹ AGUIAR DE LUQUE, *Op. cit.*, p. 112 a 117

²⁰ As garantias normativas consistem nomeadamente no princípio da rigidez constitucional e na reserva de lei, além da vinculação dos poderes. O primeiro evita a modificação do núcleo essencial da lei fundamental. O segundo vela pela integridade de sentido e função dos direitos fundamentais, garantia de que a regulação do estatuto das liberdades é matéria reservada ao legislador e subtraída da ingerência governamental. As garantias jurisdicionais estão entre os mecanismos de defesa dos direitos fundamentais de lugar mais destacado nos sistemas democráticos. PEREZ LUÑO. *Op.cit.*, pp. 66 a 70;79 e 80.

²¹ LUQUE classifica as garantias em reserva de lei em matéria de direitos fundamentais, instrumentos jurisdicionais e magistratura de influência e opinião. Os últimos seriam órgãos que a Constituição encomenda a garantia dos direitos fundamentais, mas desaparelhados de instrumentos de coação que permitem gozar a estes mecanismos asseguradores plena efetividade jurídica. Em Espanha, seria o Rei (função de guarda da Constituição e respeitar os direitos dos cidadãos) e o Defensor do Povo (trata-se de magistratura de opinião reforçada pela legitimidade para propor recurso de inconstitucionalidade e de amparo). AGUIAR DE LUQUE, *Op. cit.*, pp. 117; 126 a 128.

²² Vieira de Andrade também propõe uma classificação de garantias dos direitos fundamentais conectadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se manifesta em seu sentido valorativo ou

Tendo em conta o escopo do presente trabalho, não será possível cuidar de forma pormenorizada de cada espécie de garantia de proteção dos direitos fundamentais. No entanto, as áreas de organização e do procedimento das atividades públicas, durante muito tempo, desvalorizadas pela sua instrumentalidade perante os direitos substantivos, e consideradas neutras ou estranhas ao mundo do Direito²³, merecem maior atenção. *Primo*, porque são garantias dos direitos fundamentais que, nas últimas décadas, conquistaram maior prestígio. *Secundo*, porque a relação de condicionamento recíproco que travam com os direitos fundamentais demonstra, de forma clara, as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. *Terzo*, porque a concretização desta relação de condicionamento recíproco será a consagração do direito à boa administração. Tais temas serão objeto dos capítulos que seguem.

3. As garantias da organização e do procedimento

3.1. Notas introdutórias: o resgate da comunicabilidade entre direitos fundamentais, organização e procedimento

A fórmula “organização e procedimento” reúne dois conceitos polissêmicos, que, em geral, são utilizados de forma conjunta, para definir um procedimento, em sentido amplo, ou seja, sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado.²⁴ No entanto, há uma diferenciação. No presente trabalho, a organização é entendida sob a perspectiva conformativo-interna, ou seja, ordenação e conformação interna das unidades organizatórias.²⁵ Outrossim, o procedimento será entendido como complexo de atos juridicamente ordenado de tratamento e obtenção de informação que se estrutura e desenvolve sob a responsabilidade de titulares dos poderes públicos e serve para a preparação da tomada das decisões. Os procedimentos constituem, assim, sistemas de

funcional, quer no sentido estrutural. Para além da perspectiva subjetiva do direito fundamental (posição jurídica subjetiva), que não abarca toda a relevância jurídica dos preceitos constitucionais atinentes à matéria, há uma “mais-valia” jurídica decorrente dos diversos efeitos gerados pelas mencionadas garantias, que ampliam as relações jurídicas demarcadas pelos direitos subjetivos dos particulares, seja por determinação direta dos preceitos constitucionais, seja por irradiação normativa sobre toda a ordem jurídica. Especificamente, no que se refere às garantias institucionais, entende que decorrem de normas que impõem deveres às entidades públicas, com a função principal de garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana, mas não investe os indivíduos de situação de poder ou disponibilidade. Nas garantias institucionais, um conjunto jurídico-normativo regula determinado setor da realidade económica, social ou administrativa em torno de um direito fundamental e em vista de sua realização. ANDRADE, Op.cit., pp. 134 e 135. Para Perez Luño, no entanto, as garantias institucionais seriam as instituições que promovem a proteção dos direitos fundamentais através do exercício de controle parlamentar sobre o Governo e o Defensor do Povo. As garantias institucionais. O autor divide em duas espécies. Em primeiro lugar, os meios de controle parlamentar do Governo e a figura do Defensor do Povo. PEREZ LUÑO, Op.cit., p. 93.

²³ ANDRADE, Op.cit., p. 141.

²⁴ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 472 e 473.

²⁵ Organização é um conceito polissêmico, mas pode apontar para três usos fundamentais na ciência jurídica: 1) conceito constitucional de organização: superconceito, abrangente de instituições ou unidades organizatórias de qualquer espécie; 2) conceito procedimental de organização: forma e procedimento de organizar; c) conceito conformativo-interno de organização: ordenação e conformação interna das unidades organizatórias. Na problemática dos direitos fundamentais, ganha acento a ordenação e conformação interna das unidades organizatórias. CANOTILHO, JJ Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização, separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (BFDC), LXVI, 1990, p. 162.

interação entre os poderes públicos e os cidadãos ou entre unidades organizatórias públicas.²⁶

A importância dos referidos conceitos para a teoria dos direitos fundamentais deve-se à conquista da noção de comunicabilidade entre organização, procedimento e direitos fundamentais, superando um distanciamento propugnado por parte da doutrina entre o direito constitucional material, ao qual pertencem os direitos fundamentais, e o direito constitucional adjetivo-organizatório, ao qual pertence a Administração e os direitos procedimentais.²⁷

A aproximação deve-se, no campo jurisprudencial, a algumas decisões do Tribunal Constitucional alemão e, no campo da doutrina, a Peter Habérle e a Konrad Hesse. O Tribunal Constitucional alemão, antes de boa parte da doutrina se pronunciar sobre o tema, desenvolveu orientações decisivas sobre “direitos fundamentais como garantias procedimentais”.²⁸ Habérle propôs o chamado *status activus processualis*, que seria a dimensão procedimental dos direitos e liberdades. Hesse, por sua vez, lecionou que os direitos fundamentais, para desempenharem sua função na realidade social, dependem de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas e que, por sua vez, o direito da organização e o direito do procedimento são influenciados pelos direitos fundamentais.²⁹

As lições de Konrad Hesse podem ser estruturadas em duas assertivas complementares, com vistas à conclusão de canais de interdependência comunicativa entre direitos fundamentais, de um lado, e organização e procedimento, de outro.

3.2. A dupla dimensão dos direitos fundamentais. A irradiação do sistema de valores sobre a organização e o procedimento

A primeira assertiva a ser extraída desta comunicabilidade decorre da irradiação que os direitos fundamentais exercem sobre todo o ordenamento jurídico. Há concepção corrente na doutrina que os direitos fundamentais apresentam uma “dupla dimensão”, uma “dupla natureza”, um “duplo caráter” ou, ainda, uma “dupla função” (subjetiva e objetiva).³⁰

Assim, não podem ser pensados, os direitos fundamentais, apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, eis que também valem juridicamente do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta propõe a prosseguir. A dimensão objetiva reforçaria a imperatividade dos direitos individuais, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjetiva, na medida em que produziria efeitos jurídicos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjetivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado.³¹

²⁶ CANOTILHO, Op. cit., p. 163.

²⁷ CANOTILHO, JJ Gomes. *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, p. 154.

²⁸ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 472. O Tribunal Constitucional Alemão, quanto à organização, também se pronunciou: “[a]o indivíduo titular do direito fundamental do art. 5º, §3º, surge, a partir de uma decisão valorativa, um direito àquelas medidas estatais, também de caráter organizacional, que sejam imprescindíveis para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida, porque só a partir destas medidas é que se torna possível a atividade científica livre.” *BVerfGE* 35, 79 (116). ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 440.

²⁹ *Ibid.*, p. 472.

³⁰ ANDRADE, Op. cit., p. 109.

³¹ ANDRADE, Op. cit., p. 109. Saliente-se que, em alguma medida, da organização e do procedimento, podem ser extraídos direitos subjetivos, questão a ser enfrentada a seguir.

Neste sentido, a parte organizatória da Constituição sofre os influxos das máximas ou princípios juridicamente vinculativos³² da parte dogmática. Tanto a organização - a ordenação e conformação interna das unidades organizatórias da Administração Pública - como o procedimento - complexo de atos juridicamente ordenado de tratamento e obtenção de informação sob a responsabilidade de titulares dos poderes públicos com vistas à preparação da tomada das decisões - devem ser lidos à luz dos direitos fundamentais. Em outras palavras, "as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais."³³

3.3. A efetivação dos direitos fundamentais através da organização e do procedimento

A segunda assertiva decorrente da interdependência de direitos fundamentais, organização e procedimento é a constatação que não apenas os últimos são influenciados pelos primeiros. O contrário também acontece. A via de mão dupla é completada com a verificação de que muitas vezes a efetivação dos direitos fundamentais depende de organizações e procedimentos.

A fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental; além disso, importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações de cunho organizatório e coordenatório. Daí que a organização e o procedimento de um modo geral se encontram a serviço dos direitos fundamentais e, neste sentido, pode ser considerada até mesmo uma das condições de sua efetivação.³⁴

Um dos casos do Tribunal Constitucional alemão que chama a atenção sobre a matéria refere-se às normas de procedimento de licença no âmbito do direito da energia atômica que não conferiam nenhuma competência de co-decisão popular. As posições procedimentais dos cidadãos restringiam-se a um feixe de direitos à informação e análise. Eventuais objeções feitas pelos cidadãos poderiam ou não ser levadas em consideração, dependendo de uma decisão do órgão responsável. O voto dissidente advertia que o sentido da participação é possibilitar a influência na decisão, por meio de um processo de comunicação. Se não houvesse a possibilidade fática de que, por meio de participação, se chegasse a outras decisões, então essa participação seria um meio inadequado e sem sentido para o objetivo de proteção ao direito fundamental. No que diz respeito à proteção do direito fundamental, a participação não é algo sem sentido, cria juridicamente a possibilidade fática de uma influência no processo de formação da vontade estatal no que diz respeito à proteção do direito fundamental.³⁵ Assim, o procedimento adequado é elemento chave para a concretização do direito fundamental.

No entanto, as exigências dos direitos fundamentais dirigidas ao procedimento não podem substituir suas exigências em relação ao resultado. Isso significa que quando o mencionado voto considera decisivo que o procedimento seja adequado para levar a

decisões corretas, isso não pode se vincular a uma concepção segundo a qual o procedimento de licença - por mais que suas regras sejam interpretadas de forma mais conforme aos direitos fundamentais, garante, enquanto procedimento, um resultado correto na perspectiva dos direitos fundamentais. Há que se concordar que há um aumento na probabilidade de um resultado nesse sentido, mas não pode deixar de ser considerado o aspecto material.³⁶

A interação entre direitos fundamentais, organização e procedimento no sentido que os primeiros dependem minimamente dos segundos pode ser verificada de diversas formas, como os *direitos fundamentais proceduralmente dependentes* ou o *procedimento como pré-efeito da garantia do direito fundamental*. O primeiro cuida de direitos carecedores de um procedimento intrínseca e necessariamente conformador e condicionador da própria eficácia subjetiva dos direitos fundamentais.

Um exemplo disso é o direito ao conhecimento de dados pessoais existentes em registros informáticos (subdireito do direito à boa administração) se densifica através de outros direitos: direito de acesso; direito ao esclarecimento sobre a finalidade dos dados; direito de atualização, visando à correção de dados; direito à eliminação ou expurgo de dados proibidos. Ora, sem uma concreta conformação de um procedimento ou processo de habeas data, o direito ao conhecimento de dados informáticos é um direito fundamental sem eficácia. O Tribunal Constitucional Português reconheceu a natureza proceduralmente dependente do direito fundamental, nos termos a seguir: "dado por verificado o não cumprimento da Constituição por omissão da medida legislativa prevista no número 4 do seu artigo 35, necessária para tornar exequível a garantia do mesmo artigo".³⁷

Outra expressão de interação entre direitos fundamentais e procedimento - aquela em que o procedimento constitui um pré-efeito de garantia do direito fundamental - se revela no direito de voto, direito de participação política, eis que exercício deste direito deve ser feito mediante um *due process*, ou seja, por um procedimento eleitoral informado materialmente por princípios constitucionais procedimentais.³⁸ Além disso, o direito de votar é impossível sem forma alguma de organização. Neste sentido, o direito de votar impõe ao Estado que torne possível o ato de votar, por meio de alguma forma de organização. É certo que o legislador tem uma discricionariedade considerável, mas de forma alguma tudo está a sua disposição.³⁹

Apresentam-se, ainda, a organização e o procedimento como instrumentos funcionais da realização dos direitos fundamentais. Pode ser que a organização nem o procedimento sejam exigíveis, mas os pressupostos de fato corretamente existentes, as condições reais em que se desenvolve a eficácia de um direito fundamental podem apontar para a necessidade de estruturas organizatórias e procedimentais funcionalmente efetivadoras desse mesmo direito fundamental (exemplo: organização pluralística interna dos serviços públicos de radiodifusão como instrumento de liberdade e pluralismo de expressão).⁴⁰

Embora a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão revele-se controversa nesta matéria, em alguns julgados é possível verificar não apenas a aceitação de que a

³² CANOTILHO, *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, p. 165.

³³ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 473.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 214.

³⁵ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 483. Caso denominado "Mülheim-Kärlich" (BVerfGE 53, 30).

³⁶ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 490.

³⁷ (Acórdão TC 687/89, DR, 1ª, série, de 2 de março de 1989.) As entidades competentes estão obrigadas a organizar um procedimento funcionalmente adequado à defesa perante dados informáticos. CANOTILHO, *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, p. 167 e 168.

³⁸ *Ibid.*, p. 170.

³⁹ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 480.

⁴⁰ CANOTILHO, *Op. cit.*, p. 171.

organização e o procedimento são necessários à efetiva concretização do direito fundamental, como se verifica a admissão de que há posições subjetivas a extrair da organização e do procedimento. Eis que “[a]o indivíduo titular do direito fundamental do art. 5º, §3º, surge, a partir de uma decisão valorativa, um direito àquelas medidas estatais, também de caráter organizacional, que sejam imprescindíveis para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida, porque só a partir destas medidas é que se torna possível a atividade científica livre.”⁴¹ (grifos nossos)

3.4. A subjetivação da organização e do procedimento

Assim, nesta seara, para além da admissão da importância da organização e do procedimento para garantia de efetividade do direito fundamental, discute-se sobre a existência de direitos à organização e ao procedimento. Com efeito, uma das grandes problemáticas da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais é saber se é possível e em que medida da organização e do procedimento é possível extrair direitos subjetivos.⁴²

Há que se discutir a possibilidade de exigir do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento. Em suma, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado neste sentido e se a esta corresponde a um direito subjetivo (fundamental) do indivíduo. Em que pese o reconhecimento praticamente uniforme da doutrina quanto à importância da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, não há consenso quanto à admissão de direitos fundamentais subjetivos a prestações normativas.⁴³

Robert Alexy, nesta temática, admite que, ao dever de organização do Estado correspondem alguns direitos. Na análise de decisões do Tribunal Constitucional Alemão, relativas à liberdade de radiodifusão⁴⁴, questionou se a pretensão, decorrente da liberdade de informação, a uma informação abrangente e conforme a verdade, incluiria um direito do cidadão, contra o Estado, a que este organizasse a radiodifusão de uma tal forma que predominasse a liberdade em relação ao controle estatal e ao pluralismo,

⁴¹ BVerfGE 35, 79 (116).

⁴² Normas podem outorgar direitos subjetivos ou não. Direitos subjetivos são relações jurídicas entre dois sujeitos de direito. Se *a* tem um direito em face do Estado a que este garanta determinada organização, então, o Estado tem, em face de *a*, o dever de garantir uma determinada organização. Esse dever relacional implica em outro dever não-relacional. O Estado passa a ter o dever de garantir determinada organização não apenas em face de *a*. Todo direito subjetivo implica, portanto, um dever não-relacional, e nesse sentido, objetivo. Mas a recíproca não é verdadeira. Do fato de que o Estado tenha um dever não decorre que haja um sujeito de direito em face do qual esse dever exista. ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, p. 491.

⁴³ SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 215.

⁴⁴ BVerfGE 12, 205; 31, 314; 57, 295. Nas duas primeiras decisões, dos anos 1961 e 1971, a face objetiva predomina, considerando-se a liberdade de radiodifusão uma liberdade institucional, mencionando a natureza especial da radiodifusão, como atividade com deveres perante a comunidade. Na última decisão, houve um fortalecimento da face subjetiva. No âmbito da organização da radiodifusão a face subjetiva pode ter no mínimo quatro razões: 1) direito dos indivíduos a exercer a atividade de radiodifusão; 2) direitos dos indivíduos de se informar e de formar a própria opinião; 3) direitos dos que trabalham na radiodifusão; 4) direito de grupos sociais de poder se expressar por meio da radiodifusão. Tudo isso mostra que o dever de o Estado zelar por uma radiodifusão livre do controle estatal e pluralista é fundamentado não apenas de forma objetiva, mas também, e em grande medida, de forma subjetiva. ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, pp. 493 a 495

exigível judicialmente.⁴⁵ Alexy responde que, em princípio, ao dever de organização do Estado correspondem direitos individuais na extensão em que a organização é obrigatória ao Estado, porque a proteção da liberdade dos indivíduos assim exige. Por isso, o Estado não está sujeito a apenas um dever objetivo, a esse dever corresponde um direito subjetivo dos indivíduos afetados⁴⁶, embora não tão abrangente quanto o dever.

Vieira de Andrade, em oposição, considera que não se pode alargar a idéia de uma presunção a favor da dimensão subjetiva, que deve valer na medida em que represente o predomínio natural do direito subjetivo na matéria dos direitos fundamentais, ao ponto de pretender subordinar à lógica dos direitos fundamentais toda atividade pública. O jurista português, neste sentido, defende que “é preciso ter alguma cautela perante a tentação de “ressubjetivar” os efeitos de garantia dos direitos fundamentais, concebendo faculdades do direito subjectivo correspondentes a todos os deveres públicos que afetem interesses dos cidadãos, sem dar o devido relevo aos interesses da comunidade.” Para o autor, portanto, só poderia haver direito a uma certa organização ou a um certo procedimento quando constituírem em abstrato a única forma ou o único procedimento adequado ao exercício ou à garantia de um direito fundamental.⁴⁷

A questão é complexa e merece reflexão. Não há dúvidas de que a leitura da parte organizatória da Constituição deve ser feita à luz da parte dogmática, ou seja, à luz dos direitos fundamentais por conta de sua eficácia irradiante. Extrair, no entanto, das normas de organização e procedimento, direitos subjetivos, ou seja, transformar deveres não-relacionais em deveres relacionais pode criar violações à liberdade de conformação do legislador e à reserva de administração. A liberdade de conformação do legislador e a reserva de administração consagram o princípio da separação de poderes e os valores da democracia, pois há funções próprias do legislador e do administrador que não podem ser substituídas bem como considerando que o primeiro é representante eleito pela maioria democrática. Outrossim, cada um detém capacidades técnicas e institucionais próprias. A subjetivação sem limites da organização e do procedimento, neste sentido, exigível judicialmente, transportaria para seara não apropriada o controle da atuação administrativa e da atuação legislativa.

No entanto, negar a possibilidade de extrair posições subjetivas da organização e do procedimento pode consistir em negar a própria eficácia dos direitos fundamentais. Na medida em que a eficácia do direito fundamental esteja comprometida pela omissão total ou parcial dos poderes eleitos referentes à organização e ao procedimento, será importante daí extrair posições subjetivas. Portanto, existe direito à organização e ao procedimento na medida em que isto seja necessário para garantia de direitos fundamentais outros, o que, para nós, não se resume na existência de apenas uma organização ou a um procedimento, como defende Vieira de Andrade.

3.5. A interdependência relacional: confluências recíprocas entre direitos fundamentais, organização e procedimento

Neste capítulo, portanto, foi possível notar em cada assertiva e especificações que organização, procedimento e direitos fundamentais são categorias comunicantes e dependentes reciprocamente. Neste sentido, são esclarecedoras as lições de Konrad Hesse:

“Para os direitos fundamentais poderem desempenhar a sua função na realidade social eles necessitam não apenas de uma normação intrinsecamente densificadora, mas também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas.

⁴⁵ Ibid., pp. 493 a 495.

⁴⁶ Ibid., pp. 496 e 497.

⁴⁷ ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, pp. 147 e 148.

Por sua vez, os direitos fundamentais influem no direito da organização e no direito do procedimento. Esta influência verifica-se não apenas nos direitos especificamente procedimentais, mas também nos direitos materiais.⁷⁴⁸

Assim como não se deve admitir o distanciamento entre a parte material e a parte adjetiva da Constituição - admitindo-se, portanto, uma relação recíproca de efeitos ou uma interdependência relacional entre os direitos fundamentais, organização e procedimento⁴⁹ - também não há que se admitir que a dimensão jurídico-procedimental (e também organizatória) constitui um mero instrumento ancilar de realização do direito material, eis que ela é uma parte integrante do mesmo.⁵⁰

Trata-se, assim, de uma dimensão complementadora, integradora e garantidora do direito material e não apenas um meio. No direito brasileiro, Ingo Sarlet também aponta para a dimensão organizativa-procedimental dos direitos fundamentais, alertando para a influência recíproca das três categorias, no sentido de que, se os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes do procedimento, sobre estes também exercem influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizacionais e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais.⁵¹

A conexão comunicante entre a parte dogmática e a parte organizatória, percebida nas últimas décadas do século passado, ganha nova importância e se materializa no direito à boa administração no raiar do novo século. Em outras palavras, a consagração do direito à boa administração na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice) é uma concretização da mencionada relação recíproca entre direitos fundamentais, organização e procedimento, como a seguir será enfrentado.

4. O direito à boa administração: relação recíproca entre direitos fundamentais, organização e procedimento

4.1. Direito à boa administração: notas introdutórias

O denominado direito fundamental à boa administração, embora consagrado pela primeira vez na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, nasceu de paulatina construção doutrinária, jurisprudencial⁵² e normativa.⁵³ Portanto, não seria um novo direito⁵⁴, (como a última geração de direitos da era tecnológica ou industrial, incluindo-se a proteção de dados de caráter pessoal). Importa destacar que a mencionada

⁴⁸ HESSE, Konrad apud CANOTILHO. *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, p. 153.

⁴⁹ CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 157.

⁵⁰ CANOTILHO. *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*, p. 158.

⁵¹ SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 212.

⁵² O Tribunal de Justiça Europeu já havia cunhado o termo princípio geral de Direito a boa administração.

⁵³ Antes de ser consagrada em textos legislativos vinculativos, a boa administração foi construída e densificada, não apenas pela jurisprudência e pela doutrina, por normas de *soft law*, ou seja, códigos de boa conduta, Informes do Defensor Público, que inicialmente sem qualquer eficácia jurídica, auxiliaram e auxiliam na consubstanciação do princípio ou direito mencionado.

⁵⁴ Como ressalta Fernando Rey Martinez, os direitos nascem de duas maneiras: de parto normal, ou seja, nascem com a Constituição, ou por cesárea, praticada pela via de interpretação jurídica, seja pela jurisdição ordinária ou pela jurisdição constitucional. Por isso, para ele, o direito à boa administração não seria um direito novo, mas a subjetivação de obrigações tradicionais das administrações públicas em suas relações com os administrados. MARTINEZ, Fernando Rey. *¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derecho*. Biblioteca Digital

construção não se reduz ao âmbito comunitário. Em outras palavras, a idéia de boa administração surge inicialmente nos estados membros da União Europeia, em âmbito doutrinário, jurisprudencial e normativo⁵⁵, mas ganha nova dimensão no direito comunitário.⁵⁶

A nova dimensão que a boa administração ganhou, e que hoje influencia os Direitos Administrativos Nacionais da União Europeia, começou a ser traçada de forma negativa. Os Tratados não traziam critérios positivos sobre pautas que deveriam impregnar a boa administração, mencionando apenas o papel do Defensor do Povo Europeu na supervisão de casos de má administração, bem como a possibilidade de investigação por comissão do Parlamento Europeu em caso de alegações de infrações e má administração.⁵⁷

Entretanto, a necessidade de tornar claros os direitos do cidadão europeu perante os órgãos comunitários gerou contínuos esforços de densificação do que seria a boa administração, através de Informes Anuais do Defensor Público Europeu.⁵⁸ O marco definitivo nesta trajetória, que mudou a orientação a partir do qual o conceito de boa administração vai evoluir até o ponto de ser considerado um direito fundamental, foi a

Interesse Público - *IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 54, mar. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em 9 de janeiro de 2009, pp. 2 e 3.

⁵⁵ A primeira Constituição que pode ser apontada como consagradora da idéia de boa administração é a Constituição Finlandesa de 1919 (art. 16), no Capítulo dedicado a Direitos gerais e proteção jurídica dos cidadãos finlandeses. A Constituição Italiana já consagrava em seu artigo 97 que os cargos públicos se organizavam segundo os preceitos da lei de modo a assegurar o bom funcionamento e a imparcialidade da Administração.

⁵⁶ Nem sempre os princípios e os institutos absorvidos pelo Direito Comunitário são devolvidos aos Direitos Administrativos nacionais na pureza com que previamente foram deles importados. Esse trabalho de reelaboração dos Direitos Administrativos nacionais através do Direito Comunitário tem levado à circulação horizontal das noções, dos princípios e dos institutos reelaborados e reexportados. QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do Direito Administrativo. O direito administrativo português na perspectiva comunitária*. Coimbra: Almedina, 2001.

⁵⁷ Tratado de Maastrich introduziu a figura do Defensor do Povo Europeu, precisamente para atender as reclamações em caso de má administração. (art. 195 do TCE). Cabia ao Defensor Público europeu a supervisão de má administração pelas instituições e órgãos comunitários europeus e ao Parlamento Europeu a constituição de comissão de investigação para examinar alegações de infração ou má administração na aplicação de Direito Comunitário (arts. 21 e 185 do Tratado da Comunidade Europeia). Apenas com o Código de boa conduta administrativa de 1998, intentou-se conceituar o que seria má administração, que reconduzia a casos de irregularidades administrativas, injustiça, discriminação, abuso de poder, falta ou denegação de informação e demoras desnecessárias. (pode-se falar de má administração se uma instituição ou órgão comunitário não cumpre os Tratados e os atos comunitários vinculantes ou se não respeita as regulações e princípios de direito estabelecidos pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de primeira instância). Estabeleceu no Informe Anual de 1995 uma lista não exaustiva de práticas de má administração (falta de respeito aos direitos fundamentais, no que incluía casos de mau funcionamento ou incompetência, demoras injustificadas, falta de informação, entre outras).

⁵⁸ No Informe Anual de 1996, já existem referências à boa administração, com a delimitação de princípios, práticas, interesses ou *standards* de boa administração ou boa conduta administrativa. Neste momento, o Parlamento Europeu assinala a necessidade de dispor de forma mais clara a definição do termo má administração. A resposta novamente vem de maneira muito genérica no Informe Anual de 1997 (produz-se má administração quando um organismo público não trabalha em conformidade com as normas e princípios a que deve atender obrigatoriamente), confundindo-se com a própria idéia de atuação conforme o Direito. MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 69 a 71

Resolução, de 10 de junho de 1997, que pela primeira vez utiliza o termo direito.⁵⁹ Os Informes dos anos seguintes avançam no conteúdo da boa conduta administrativa⁶⁰, com sugestões à formação de um Código de boa conduta administrativa até chegar à frutífera solicitação para que fosse incluído como direito fundamental na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.⁶¹

A Carta de Nice contempla juntamente com direito à boa administração subdireitos, entre eles, 1 – direito de audiência e participação na elaboração das disposições e atos administrativos; 2 – direito de acesso a arquivos e registros administrativos; 3 - direito a uma atuação administrativa imparcial, equitativa e levada dentro de prazo razoável; 4 – obrigação de expedição de resolução administrativa motivada; 5 – direito à reparação em casos de má administração; 6 – direito ao pluralismo linguístico ante a Administração.

O Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado posteriormente à Carta de Nice, com princípios de atuação da Administração Europeia, embora esteja classificado na categoria de *soft law*, dá concreção ao conteúdo do direito à boa administração, englobando: ausência de discriminação (art. 5), respeito ao princípio da proporcionalidade (art. 6), ausência de abuso de poder (art. 7), imparcialidade e independência (art. 8), objetividade (art. 9), respeito às expectativas legítimas e consistência e assessoramento dos cidadãos (art. 10), cortesia (art. 12), entre outros.

Traçada de forma breve a trajetória da boa administração até a consagração como direito fundamental na Carta de Nice, embora continue a ganhar densidade e efetividade⁶², há que se refletir sobre alguns problemas que rodeiam tal conquista. Afinal, pode-se afirmar que estamos diante de um direito fundamental, ou, na verdade, trata-se de princípio? Outrossim, superado este primeiro problema, o conteúdo mencionado na Carta de Nice a respeito da boa administração é aplicado aos países da União Europeia e até mesmo a outros países? E, ainda, outra questão que se coloca é avaliar até que ponto o direito à boa administração pode contribuir para: *i*) a melhoria da organização e do funcionamento da Administração, bem como *ii*) o aperfeiçoamento dos diferentes sistemas constitucionais de direitos.⁶³

⁵⁹ A Resolução, de 10 de junho de 1997, foi feita pela Comissão de Petições, baseada nos Informes de 1996 e 1997.

⁶⁰ MALLÉN. Op. cit., p. 76. O Defensor do Povo Europeu defendeu que os cidadãos da União Europeia tinham direito a que seus assuntos fossem tratados de forma adequada, justa e rápida, por parte de uma administração transparente, responsável e vocacionada ao serviço. A idéia de vocação ao serviço implicava que a administração existiria para servir ai cidadão e não o inverso. Neste contexto, deveria se afirmar no plano teórico e legislativo o direito à boa administração. Propôs, assim, três medidas para concretizar uma Europa dos cidadãos: 1) aumentar a transparência (processos compreensíveis, decisões motivadas, informação sobre a qual se assentou a motivação acessível ao público, reuniões abertas e públicas), pois diminui a corrupção; 2) estabelecer normas de boa conduta administrativa (permite que os cidadãos conheçam seus direitos a respeito da administração e que os funcionários saibam o que se espera deles); 3) garantir o respeito ao Estado de Direito. SODERMAN, Jacob. *Discurso pronunciado por el Defensor del Pueblo Europeo*, Ciclo de Conferencias: El papel de los Defensores del Pueblo en un mundo en transición, Mallorca, España, 28 de mayo de 2001. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/speeches/es/2001-05-28.htm>. Acesso em 14 de dezembro de 2009.

⁶¹ O defensor do povo europeu, no começo do ano 2000, em audiência pública realizada pela Convenção encarregada de redigir a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, solicitou a inclusão do direito à boa administração. MENDAZONA, Edorta Cobreros. Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 64, 2002, p. 239.

⁶² A trajetória do direito à boa administração não terminou com a Carta de Nice. Ao contrário, continua a ganhar densidade e efetividade. Hoje, com grande força normativa, devido à inclusão no Tratado de Lisboa.

⁶³ A pergunta foi feita por Beatriz Mallén em relação ao Direito Constitucional espanhol, mas pretende-se verificar a questão em Portugal e no Brasil.

Para enfrentar a variedade e a complexidade de temas que rodeiam as respostas às indagações, exige-se a divisão do estudo em três partes: a) quanto à natureza da boa administração: valor, princípio ou direito? b) quanto à aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos nacionais; c) quanto à eficácia do direito fundamental à boa administração: aperfeiçoamento da organização administrativa e do sistema de direitos fundamentais.

4.2. Natureza da boa administração: direito, princípio ou valor?

Uma das grandes problemáticas que envolvem o direito à boa administração é saber se, de fato, tem a natureza de direito fundamental. Em outras palavras, faz-se necessário perquirir sua natureza: valor, princípio ou direito.

Inicialmente, mencione-se que a expressão boa administração não encerra apenas um valor. Os valores fazem parte do nível axiológico caracterizados pelo conceito de bom. Embora a expressão “boa” ou “má” administração possa dificultar a distinção, quando se emprega a terminologia no âmbito da atuação administrativa, pretende-se alcançar aquilo que é devido (âmbito deontológico, dever ser) e não o que é melhor (âmbito axiológico, bom). Afinal, no direito o que importa é o dever ser.⁶⁴

Portanto, quando se trata de boa administração, pretende-se alcançar o âmbito deontológico, do dever ser, ou seja, conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo.⁶⁵ Ocorre que, ultrapassado o âmbito axiológico⁶⁶, ainda sobressai a dúvida sobre a natureza jurídica da expressão. Na verdade, pressupondo-se que as normas de direitos fundamentais englobam regras ou princípios, se a boa administração for considerada um direito fundamental, então, na verdade, tem caráter duplo, pois em seu conteúdo há tanto a promoção de um estado ideal de coisas⁶⁷ como há adoção de conduta descrita.⁶⁸ Por outro lado, é possível que seja apenas um princípio, o que não corresponde necessariamente a um direito fundamental.

A grande dificuldade de aceitação de um direito fundamental à boa administração decorre de sua forte nota procedimental e organizatória que traz consigo, a exigir, mais do que qualquer outro direito, para além de procedimentos, estruturas e organizações com vistas à sua concretização. Será que não estaríamos subjetivando de forma radical deveres da Administração?

O primeiro exemplo que ilustra a questão é o dever de a Administração fundamentar as próprias decisões. Existiria um correlato direito à decisão administrativa motivada? De forma expressa, Beatriz Mallén se pronuncia favoravelmente, mas pondera que a extensão deste direito varia de acordo a natureza do ato considerado.⁶⁹ Por sua vez, Vieira de Andrade o dever de fundamentação não implica um direito a essa fundamentação. O autor português se mostra contrário à exagerada subjetivação dos efeitos das garantias dos direitos fundamentais, o que corresponderia a todos os deveres públicos que afetem interesses dos cidadãos faculdades do direito subjetivo.⁷⁰

⁶⁴ ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 145 e 153

⁶⁵ *Ibid.*, p. 145.

⁶⁶ O que não significa que, com sua positivação, os direitos fundamentais não continuem irradiando valores importantes.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª. ed., 2004, p. 70. Exemplo: direito a uma atuação administrativa imparcial, equitativa e levada dentro de prazo razoável.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 70. Exemplo: Direito ao pluralismo linguístico ante a Administração comunitária.

⁶⁹ MALLÉN. *El derecho fundamental a una buena administración*, p. 132. Apóia a idéia, fundamentalmente, em L Ferrari Bravo, FM.di MAJO e em A. Rizzo.

⁷⁰ Para Viera de Andrade, o dever de fundamentação (expresso no artigo 268 da Constituição Portuguesa) não implica um direito a essa fundamentação, pois não é indispensável ao exercício do direito ao recurso contencioso. ANDRADE, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 148.

O segundo exemplo pertinente se refere ao direito à informação, englobado na noção de direito à boa administração. Ora, para garantir o direito à informação, correlato ao dever de transparência, são necessárias organizações, estruturas que proporcionem serviços de obtenção, elaboração, atualização, tratamento, ordenação, arquivo e registro, catalogação e distribuição, difusão e publicidade, escritórios de informação e atenção ao cidadão⁷¹, sob pena de o direito à informação perder eficácia. Não basta apenas não impedir o acesso a documentos administrativos, cabe, também, ao Estado agir, tomar providências para levar seus atos à ciência e ao conhecimento das pessoas, criar as melhores condições para que isso seja possível.⁷²

Neste sentido, o direito fundamental à boa administração aguçava ainda mais a relação reciprocamente condicionante entre direitos fundamentais, organização e procedimento, mencionada no capítulo anterior. Apesar das dificuldades e problemas mencionados, entende-se que a boa administração pode ser considerada um direito fundamental, para além de um princípio. Sabe-se que pela nota organizatória, o direito fundamental à boa administração subjetivaria os efeitos jurídicos das garantias dos direitos fundamentais, em especial, os deveres da Administração, como ressalta Vieira de Andrade. Entretanto, diante das idéias de Robert Alexy, é possível defender que a extensão do dever não corresponde à extensão do direito subjetivo⁷³, embora, minimamente se possa exigir posições subjetivas concretizadoras da boa administração. Por isso, o direito à boa administração poderia ser enquadrado aqui, em boa medida, em um direito a prestação, incluído nos direitos a uma ação positiva.⁷⁴

Outrossim, facilita a aceitação da boa administração como direito fundamental a posição dos que defendem que o novo direito incorporaria direitos subjetivos já consolidados na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. A primeira parte do dispositivo, de acordo com este entendimento, ofereceria um direito tipo “guarda-chuva”, que cobriria boa parte das obrigações relativas à forma pela qual todos devem ser tratados pelas instituições e órgãos da União.⁷⁵ No entanto, embora isso possa facilitar a aceitação como direito fundamental, superando o problema para alguns da excessiva subjetivação, não altera a constatação de que também incorpora elementos de fundo⁷⁶, ou seja, vai além das disposições que menciona sobre direitos já conhecidos.⁷⁷

De outro modo, há autores que negam que o direito à boa administração seja um direito de nova geração, pois representaria a *subjetivación de obligaciones*

*tradicionales de las administraciones públicas en sus relaciones con los administrados*⁷⁸, algo procedente de abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, ou porque integra subdireitos já consagrados em diversas Constituições.⁷⁹

No entanto, trata-se de direito de novo cunho, eis que ganha autonomia e passa a ser mais do que os direitos que engloba, reconhecidos de maneira dispersa nos ordenamentos nacionais e na ordem comunitária de que goza o cidadão frente a instituições e órgãos administrativos, aos quais confere unidade. Tem elementos de fundo e, portanto, expressa mais do que os subdireitos que o compõe.⁸⁰ Além disso, sob o ponto de vista político, tem valor simbólico, a realçar o lugar que deve ocupar a cidadania como verdadeiro protagonista do processo.⁸¹

Importa realçar, por fim, considerando-se a natureza jurídica de direito fundamental da boa administração, sua marca característica, ou seja, o fato de propiciar a inter-relação existente entre as normas constitucionais da parte dogmática (que reconhece direitos) e as normas constitucionais da parte orgânica (que contém os princípios de atuação, organização e funcionamento dos diversos órgãos constitucionais).⁸² Isto explica que também seja denominado direito-garantia, pois conjuga ambos elementos, propiciando a defesa de outros direitos.⁸³

4.3. Para além do direito comunitário: a inserção nos ordenamentos jurídicos nacionais

Outra controvérsia a ser enfrentada refere-se à aplicação do direito fundamental à boa administração ao ordenamento jurídico dos países membros da União Europeia ou até mesmo a outros países, em decorrência da interpretação sistemática de dispositivos constitucionais.

No que se refere à aplicação aos países membros da União Europeia, é possível estender aos órgãos da administração dos estados. Sabe-se que, se, inicialmente, havia o contributo do Direito Administrativo nacional (dos diferentes estados membros) para a formação do Direito Comunitário⁸⁴, mais tarde, iniciou-se um movimento de sentido

⁷¹ MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho Administrativo. Parte General*. 5ª. ed. Madrid: Tecnos, 2009, p. 456.

⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 12, out./dez. 2008.

⁷³ Ao dever de organização do Estado correspondem direitos individuais na extensão em que a organização é obrigatória ao Estado, porque a proteção da liberdade dos indivíduos assim exige. Por isso, o Estado não está sujeito a apenas um dever objetivo, a esse dever corresponde um direito subjetivo dos indivíduos afetados. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 496 e 497.

⁷⁴ Embora haja direitos incluídos no direito à boa administração que poderiam ser considerados direito à ação negativa, a exigir abstenção do Estado.

⁷⁵ ADDINK, G.H. *Buen Gobierno: ¿Un deber de la administración o un derecho ciudadano?* Traducido por Grismi Bravo Arana. jul. 2009. Disponível em <http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/images/documentos/Buen%20Gobierno%20ofian%20.pdf>. Acesso em 9 de janeiro de 2009.

⁷⁶ Alerta feito pelo próprio autor. *Ibid.*, p. 20.

⁷⁷ Com sua positivação, os direitos fundamentais continuam irradiando valores importantes. Em outras palavras, o fato de serem positivados não apaga os valores e exigências éticas que já expressavam antes mesmo de sua positivação. Muito importante a observação de FERNANDEZ sobre o fato de que uma vez positivados os direitos seguem expressando valores morais. FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991, p. 111.

⁷⁸ MARTÍNEZ Fernando Rey *¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derecho*. Biblioteca Digital Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 54, mar. 2009. No entanto, o simples fato de subjetivar obrigações ou deveres da Administração já é um caráter novo, que merece ser sublinhado.

⁷⁹ MALLÉN. *El derecho fundamental a una buena administración*, p. 42.

⁸⁰ Um dos problemas a ser causados é questionar se é conveniente que a inflação de novos direitos europeus comporte uma inflação de garantias internas que pode sobrecarregar o trabalho dos órgãos nacionais encarregados de prover tais garantias, podendo provocar sua saturação disfuncional. Afinal, há que se ampliar o catálogo de direitos ou lutar por novas formas de realização dos velhos, desenvolvendo técnicas de garantias? *Ibid.*, p. 41

⁸¹ *Ibid.*, p. 45.

⁸² MALLÉN. *El derecho fundamental a una buena administración*, p. 31. Essa noção não foi apenas consagrada por Canotilho e Robert Alexy, ou seja, a aproximação entre a parte material e adjetiva. Cite-se, ainda, o magistério de Perez Luño, que traz um exemplo específico, a ser utilizado como paralelo no caso do trabalho. Perez Luño exemplifica com a relação entre as garantias compreendidas no direito ao processo devido (art. 24 da Constituição Espanhola) com os princípios de organização da Justiça (Título VI). “*Convenie también advertir, por su proximidad material con estas garantías, que em los principios constitucionales relativos a la organización del Poder Judicial (incluidos em el Título VI) se consagran importantes derechos cívicos; entre ellos: el independéncia de la justicia...*” PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, pp. 178 e 179.

⁸³ MALLÉN. *Op. cit.*, pp. 41 e 42.

⁸⁴ Cite-se o exemplo da Constituição Finlandesa de 1919 que já previa o direito à administração, como citado anteriormente.

contrário: o da contribuição do Direito Comunitário para o aprofundamento dogmático dos Direitos Administrativos nacionais, principalmente através da jurisprudência do Tribunal de Justiça. A iniciativa pretoriana tem levado a cabo uma “reconstrução” ou uma “reelaboração” dos Direitos Administrativos nacionais, sobretudo porque nem sempre os princípios e os institutos são devolvidos aos Direitos Administrativos nacionais na pureza com que previamente foram deles importados.⁸⁵

Destaca Fausto de Quadros que esse trabalho de retroalimentação dos Direitos Administrativos nacionais através do Direito Comunitário tem levado à circulação horizontal das noções, dos princípios e dos institutos reelaborados e reexportados. A mencionada reconstrução de princípios do Direito Administrativo dos estados nacionais muitas vezes é imposta, eis que há uma penetração (*Durchdringung*) direta no Direito Administrativo nacional, introduzindo alterações que os órgãos nacionais de criação ou aplicação do direito ainda não quiseram ou até rejeitaram.⁸⁶

Não poderia ser diferente com o Direito Administrativo português, que nasce novo, porque: 1) é enriquecido por contributos positivos de outros sistemas administrativos nacionais; 2) recebe o reforço do sistema nacional de proteção e garantia dos direitos subjetivos dos particulares; 3) obriga a aprofundar sua função garantística, conduzindo o sistema administrativo a estrutura ambivalente que assente, de modo equilibrado e harmônico, a salvaguarda da legalidade como a garantia dos direitos dos particulares. Assim, a comunitarização do Direito Português fornece impulsos decisivos para modernização do sistema administrativo português e para o enriquecimento dos princípios e valores que compõe sua estrutura interna, ou seja, passa por uma fase de profunda e progressiva reelaboração dogmática. Trata-se, assim, de nova dimensão do Direito Administrativo português.⁸⁷

Maria Luísa Duarte também destaca a europeização das administrações nacionais, gerando a mutação do Direito Administrativo português, exemplificando com o sistema de fontes (normas comunitárias passam a integrar o “bloco de legalidade” aplicado pelos estados membros, “máquinas aplicativas das normas comunitárias”⁸⁸) e com relação entre a administração pública portuguesa e os administrados.⁸⁹

A Constituição Portuguesa possui disposição expressa sobre direitos e garantias dos administrados, alguns deles subdireitos do direito à boa administração, como direito à informação, direito de acesso a arquivos e registros administrativos, entre outros (art. 268). Neste sentido, é possível encontrar fundamento constitucional para a defesa do direito à boa administração. Ademais, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que incorporou a Carta de Direitos Fundamentais⁹⁰, são também sujeitos passivos os estados membros quando aplicarem o Direito da União.

O direito fundamental à boa administração também já encontra eco na doutrina brasileira, que admite a existência do mesmo na respectiva ordem constitucional. Diogo de Figueiredo Moreira Neto menciona a necessidade de identificação de interesses

⁸⁵ QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do Direito Administrativo. O Direito Administrativo Português na perspectiva comunitária*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 19 e 20

⁸⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁸⁷ QUADROS, Op.cit., p. 51-52.

⁸⁸ DUARTE, Maria Luisa. *Direito Administrativo da União Européia*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 88.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 67.

⁹⁰ A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. (art. 6º). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0010:0041:PT:PDF>. Acesso em 19/01/2009.

concretos que se inscrevem entre os interesses gerais, “de modo a satisfazer o direito subjetivo público dos cidadãos a uma boa administração”.⁹¹

De modo mais expresso, Juarez Freitas considera que o referido direito se traduz, no ordenamento jurídico brasileiro, em um “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.” Prossegue afirmando que ao direito fundamental à boa administração corresponde “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.⁹²

Vanice Lírio do Valle considera que uma das manifestações do direito fundamental à boa administração, embora esteja longe de exaurir seu conteúdo, é a observância ao princípio da eficiência, que encontra, nas políticas públicas adequadamente construídas e enunciadas, seu critério, a um só tempo, de densificação e objetivação. Confirma-se assim, parcialmente, a existência de uma relação de inter-dependência, de complementariedade sistêmica entre direito fundamental à boa administração, políticas públicas e eficiência. Entretanto, a conclusão da autora, com a qual concordamos, é cautelosa:

“Boa administração é um ideal que se busca - permanentemente - e não uma estação de chegada, que se vá alcançar depois do desenvolvimento de uma trajetória previamente desenhada. É esforço recíproco, envolvendo uma cidadania que não está afeita a uma conduta ativa, e uma administração que ainda resiste à transparência. Direito fundamental à boa administração se apresenta como etapa subsequente de um longo e penoso amadurecimento democrático - e estará a exigir, como as etapas anteriores, determinação e aprendizado.”⁹³

4.4. Eficácia e efetividade do direito fundamental à boa administração: aperfeiçoamento da organização administrativa e do sistema de direitos fundamentais

4.4.1. As mudanças sofridas pela função administrativa e pelo Estado-Administração: variedade e constância a exigir adaptação

Considerada a natureza jurídica do direito fundamental à boa administração, bem como a respectiva aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos nacionais, há que se seguir indagando acerca da aptidão do direito fundamental à boa administração para gerar conseqüências e produzir efeitos, atingindo a finalidade a que se propõe, bem como se efetivamente aproxima-se o dever ser do ser. Em outras palavras, há que se questionar se pode melhorar o sistema de direitos fundamentais, bem como se pode aperfeiçoar a organização e o funcionamento da Administração Pública.

⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O paradigma do resultado. Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público* - Belo Horizonte: FA, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em: 9 de janeiro de 2010.

⁹² FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

⁹³ VALLE, Vanice Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. Biblioteca Digital Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, mar. 2008

A resposta, de forma inicial, já foi construída, eis que o direito fundamental à boa administração é a própria concretização do que se admite como relação recíproca e intercambiante entre a parte dogmática e a parte orgânica da Constituição, tanto que é considerado um direito-garantia. Assim, por um lado, os princípios de atuação da Administração Pública (legalidade, transparência, eficiência) são contaminados e lidos à luz dos direitos fundamentais (dimensão objetiva), podendo ser extraídas algumas posições jurídicas individuais destes deveres de atuação. Por outro lado, há direitos fundamentais do cidadão que dependem da organização e de procedimentos estatais, sem os quais não ganham efetividade (direito à informação administrativa). Trata-se de uma relação integrada e complementar que está em curso e com a qual o referido direito contribui sensivelmente.

Não há como não notar que Estado vive um momento de trânsito que vem se prolongando em tempo suficiente para considerar a transformação como algo permanente e, em consequência, a capacidade de adaptar-se a ela como autêntico traço definidor do Estado contemporâneo.⁹⁴ Neste sentido, se qualquer reforma do Estado é indissociável da reforma da Administração, pois a última pressupõe a primeira⁹⁵, tanto Estado quanto a Administração devem estar preparados para a permanência das transformações.⁹⁶ Assim, a função administrativa, que se coloca na expressão institucional Estado-Administração, encontra-se no epicentro de um conjunto de vetores de força, originários de distintas áreas do conhecimento, todos eles concebidos e robustecidos sob o signo de mudança.⁹⁷

Por um lado, a universalização de modelos econômicos, a crise financeira estatal, a insatisfação quanto à performance do setor público, bem como a globalização são fatores que justificam uma série de intervenções com vistas à renovação, modernização e adaptação da máquina estatal às mudanças econômicas e sociais. Denominada reforma administrativa, trata-se de fenômeno não episódico do último quarto do século XX nos mais diversos países do globo, com tendências comuns ligadas ao processo de *New Public Management*.⁹⁸

⁹⁴ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *El buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 23.

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também* / José Joaquim Gomes Canotilho. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares. - Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 708.

⁹⁶ Elena Amador também ressalta o perpétuo processo de transformação e adaptação porque passa a atividade administrativo, que obriga o aprofundamento e inovação constante para satisfação das demandas sociais cambiantes. CORDOBA, Elena Amador. De administrado a ciudadano. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-Administración. In: *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*. Enrique Álvarez Conde (coord.). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, p. 567.

⁹⁷ VALLE, Vanice Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. Biblioteca Digital Interesse Público - IP, Belo Horizonte: ano 10, n. 48, mar. 2008.

⁹⁸ CASSESE, Sabino. *L'età delle riforme amministrative*. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 51, n. 1, 2001, pp. 82,85 e 94. Entre as tendências que fazem parte do fenômeno do *New Public Management*: a) agenciamento; b) simplificação e de redução do peso da administração sobre o cidadão; c) introdução da contabilidade comercial na administração pública, com escopo de analisar e ter controle de custo e de aumentar a produtividade do serviço público; d) parcerias público-privadas; e) identificação de indicadores de qualidade e *standards* de produtividade e busca de satisfação do utente do serviço público. Entretanto, nem todas as transformações anunciadas foram realizadas, o que não significa que sejam inúteis, podendo servir como papel educativo, ensinando o valor da transformação.

Por outro lado, a reconfiguração do papel da Constituição defere igualmente ao Estado um elemento finalístico, uma tarefa a cumprir, valores a alcançar, todos determinantes de sua estruturação e atuação. São tempos de constitucionalismo axiológicamente comprometido, em que o agir do poder não se legitima pela simples expressão desse mesmo poder, mas pela harmonia entre as finalidades pretendidas, e aqueles propósitos comprometidos com a jusfundamentalidade dos direitos que as Cartas de Princípios agora lhes apresentam.⁹⁹ Por conseguinte, mudam as relações entre as dogmáticas do direito administrativo e do direito constitucional¹⁰⁰, com a afinação de categorias jusadministrativas, como o princípio da legalidade¹⁰¹, reconstruindo-se o direito administrativo à luz do direito constitucional.¹⁰²

Dá-se percebe a luta de duas forças que devem ser compatibilizadas: de um lado, a busca pelo resultado, pela eficiência; de outro, a necessidade de respeito dos homens, dos direitos fundamentais e da juridicidade.¹⁰³ Afinal, as reformas administrativas, que visam à adaptação do Estado e da Administração às novas demandas, devem levar em conta as pessoas e não ser feitas apenas em função de interesses burocráticos ou tecnocráticos de eficiência¹⁰⁴, sob o risco de o homem ser reduzido a uma engrenagem, uma alavanca, como elucida antecipadamente Rogério Soares.¹⁰⁵

Diogo de Figueiredo Moreira Neto congrega com maestria as duas idéias e menciona a doutrina da *administração de resultado*, que *confere uma base institucional da legalidade finalística* ou, melhor e mais amplamente, para empregar a denominação já difundida na literatura jurídica, por envolver também a legitimidade: *uma base institucional da juridicidade finalística*. Na realidade, essa promissora doutrina vem se consolidando dentro de uma nova concepção das próprias relações entre os cidadãos e a *administração pública*, como especificamente voltada à afirmação *de seu dever*

⁹⁹ VALLE, Vanice Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. Biblioteca Digital Interesse Público - IP, Belo Horizonte: ano 10, n. 48, mar. 2008.

¹⁰⁰ A mais alta missão sistematizadora que o Direito Constitucional pode cumprir no plano da construção do Direito Administrativo reside em assentar os postulados sobre as relações básicas entre cidadãos e Administração. A posição subjetiva da pessoa que a Constituição reconhece precede ou é anterior a todos os poderes públicos e impregna e recorre todo o ordenamento jurídico. SCHIMDT-ASSMAN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madrid: Marcial Pons/ Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 18.

¹⁰¹ Desta feita, a constitucionalização convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o único e último fundamento da atuação administrativa, para se tornar um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição. O agir administrativo encontrará espeque e limite diretamente em regras e princípios constitucionais. BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: *A Constitucionalização do Direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁰² CANOTILHO. *O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também*, p. 705.

¹⁰³ Em outras palavras, há que se buscar um modelo de Administração Pública que compatibilize e equilibre os princípios de legalidade e de eficácia. Na verdade, de nada serve o respeito estrito e formal à legalidade sem que se consigam resultados que atendam os interesses gerais; tampouco pode se falar de verdadeira eficácia se apenas se pretende a consecução de resultados e que não se respeitem os princípios de uma normativa legitimada por sua origem democrática e representativa. CORDOBA, Amador Elena. De administrado a ciudadano. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-Administración, p. 561.

¹⁰⁴ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas*. Disponível em http://www.ciberjure.com.pe/index.php?Option=com_content&task=view&id=2232&Itemid=9. Acesso em 14 de dezembro de 2009.

¹⁰⁵ SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Tenacitas, pp. 111 e 163.

funcional de proporcionar resultados concretos e materializados em uma boa e justa atribuição de bens e serviços às pessoas, como um *proprium* da função administrativa. Como se depreende, na base desse progresso, agita-se uma dramática mutação do próprio conceito de administração pública, que vai aos poucos perdendo suas características imperativas, que a postavam, tradicionalmente, como expressão de um poder do Estado, para entendê-la como nada mais que uma função constitucionalmente vinculada a ser desempenhada pelo Estado e a ser o mais amplamente que possível compartilhada com a sociedade, compreendendo todo o seu desenvolvimento, desde o seu planejamento até o seu controle.¹⁰⁶

Portanto, o turbilhão de mudanças que se apresenta exige que a Administração se reinvente para conseguir atender todas as demandas, muitas vezes contraditórias, com as quais está comprometida. O direito à boa administração, neste sentido, tem grande contribuição à melhoria da atuação administrativa porque consagra em uma de suas dimensões a abertura à realidade. Como a Administração pode estar preparada para a constância das mudanças, se não for flexível e dialógica?

4.4.2 A dimensão do direito à boa administração: abertura da Administração à realidade e integração do cidadão nas decisões administrativas

A permanência e a continuidade da mudança exigem abertura à realidade.¹⁰⁷ Em outras palavras, a aproximação aberta e franca às condições objetivas de cada situação e a abertura à experiência são atitudes básicas a partir das quais devem ser construídas políticas públicas. Em tais atitudes, se funda a disposição permanente de corrigir e retificar o que a experiência mostrar como desvio de objetivos ou finalidades. A boa administração tem uma dívida permanente com a realidade, pois só a partir dela pode melhorar o presente para construir melhor futuro. Por isso, exige-se do atuar administrativo um pensamento aberto, plural, dinâmico.¹⁰⁸

A complexidade da realidade cambiante deixa à mostra a limitação do agente administrativo, rompendo com qualquer tipo de prepotência na análise e ditame das soluções, eis que não é infalível, pois suas opiniões e valorações estão sempre dependentes de informações de que parte (limitadas e até incompletas). Por isso, exige-se mentalidade e atitude abertas, traduzidas em processos e instrumentos reais capazes de desenvolver o pensamento dinâmico. Uma organização fechada, em volta de si mesma, não pode pretender captar, representar ou servir aos interesses próprios das pessoas.¹⁰⁹

Portanto, a boa administração se realiza desde uma consideração aberta, plural, dinâmica e complementar dos interesses gerais, de bem estar integral dos cidadãos.

¹⁰⁶ Diogo de Figueiredo considera que a Constituição brasileira de 1988 já estabelece todo o fundamento necessário para a afirmação e aplicação em nosso país da noção de direito público brasileiro. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em: 9 de janeiro de 2010.

¹⁰⁷ A fim de fomentar a boa governança e garantir a participação da sociedade civil, as instituições, órgãos e organismos da União atuarão com o maior respeito possível ao princípio da abertura. Livro Branco sobre governança europeia COM 2001, 428, de 25 de julho de 2001. (grifos nossos) Em outras palavras, as decisões devem ser tomadas da forma mais aberta e próxima possível aos cidadãos.

¹⁰⁸ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas*, p. 1.

¹⁰⁹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *El buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, pp. 40 e 41.

Para entender o direito à boa administração, o seu alcance e funcionalidade, há que se considerar a estreita vinculação entre o interesse geral¹¹⁰, fundamento da boa Administração, e os direitos cidadãos.¹¹¹ O problema consiste em uma concepção mais justa e humana do poder, um instrumento a serviço objetivo do interesse geral¹¹². O aparato público deixa de ser um fim em si mesmo e recupera sua consciência de instituição a serviço da comunidade. Trata-se o direito à boa administração que supõe a obrigação da Administração Pública de ajustar sua atuação a uma série de parâmetros e características concretas e determinadas.¹¹³

Neste sentido, em sua dimensão aberta à realidade, o direito à boa administração pode contribuir para a melhoria da organização e funcionamento administrativo. A abertura resulta do conjunto de deveres, direitos, processos e atitudes que densificam o direito à boa administração: pela transparência, pelos direitos dos cidadãos à audiência e participação na elaboração das disposições e atos administrativos, de acesso a arquivos e registros administrativos, pela obrigação de expedição de resolução administrativa motivada, pela imparcialidade, pelo respeito às expectativas legítimas, consistência e assessoramento dos cidadãos, entre outros. Em outras palavras, todos estes subdireitos e deveres aumentam as chances de a Administração se abrir às transformações e demandas que são inescapáveis e inelutáveis, daí a contribuição do direito à boa administração para o aperfeiçoamento do maquinário estatal.

Outrossim, percebe-se que decorre da mencionada dimensão da boa administração outra contribuição, para além do aperfeiçoamento da organização e funcionamento administrativo. Trata-se da melhoria do sistema de direitos fundamentais, pois com a abertura à realidade, o administrador deve integrar em suas decisões a voz do cidadão¹¹⁴, que deixa de ser um sujeito passivo, o administrado, para ativamente participar. Favorece-se, assim, o pleno desenvolvimento do ser humano, em sua dimensão cidadã.

A boa administração implica a necessidade de contar com a presença e participação real da cidadania, evitando as fórmulas fechadas que provem de ideologias expulsem de consideração determinados setores sociais. A participação cidadã se configura como objetivo público de primeira ordem, eis que constitui a essência mesma da democracia e, por isto, ocupa um lugar sobressalente entre os parâmetros centrais da boa

¹¹⁰ O dever de perseguir o interesse público pode ser definido por duas demandas: 1) refletir em suas múltiplas facetas abertura à representação e ao diálogo; 2) engajar-se os deveres e os valores associados com quatro aspectos do interesse público: democracia, mutualidade, sustentabilidade e legalidade. A centralidade dos valores democráticos serve de constrangimento à arrogância, ao excesso e à incompetência administrativa. Outrossim, perseguir o interesse público é um processo mais do que uma conclusão imutável ou identificável. LEWIS, Carol W. In pursuit of the public interest. *Public Administration Review*, set./oct. 2006, p. 1.

¹¹¹ MUÑOZ, *El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas*, pp. 2, 4 e 5.

¹¹² Um dos riscos e desafios que têm a sociedade de conhecimento é que os interesses gerais deixem de ser dominados por especialistas e se abram de maneira autêntica aos problemas reais que têm as pessoas. Ora, o interesse geral deve ser definido através de uma ação intercomunicada entre poderes públicos e agentes sociais. Para evitar a tentação do tecnossistema se apropriar do espaço público, o bom governo, a boa administração, há de manter uma perspectiva aberta de interesse geral. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, *El buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, p. 73 e Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol, 7/02/1984.

¹¹³ MUÑOZ, *El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas*, p. 1.

¹¹⁴ Na verdade, sublinha o caráter de sujeito de direitos e posições ativas de qualquer pessoa com suas relações com o poder público. É um termo mais apropriado que o termo mais tradicional administrado. MORÓN, Miguel Sanchez. *Derecho Administrativo. Parte General*. 5ª. edición. Madrid: Tecnos, 2009, p. 438.

administração. Uma atuação pública que não persiga ou que não procure um grau mais alto de participação cidadã não contribui para o enriquecimento da vida democrática¹¹⁵.

Transparência e participação são pilares essenciais da nova forma de entender o modo de governar e administrar sociedades complexas.¹¹⁶ Reconhece-se a favor dos cidadãos e das entidades sociais nas quais se organizam o direito de intervir na adoção de decisões administrativas que afetem seus interesses, individuais ou coletivas.¹¹⁷ No Direito atual, o cidadão não é mero súdito, sujeito inerte, desarmado e indefeso, que há de suportar sem mais o peso do poder e tampouco simples beneficiário de atuações paternalistas ou agradáveis da Administração.¹¹⁸ Neste contexto, é pertinente destacar a idéia de governança compartilhada, ou seja, vários atores públicos convergem para a realização das metas públicas, consubstanciadas em políticas públicas (exemplo: orçamento participativo, audiências públicas). Há que se mobilizar todo o conhecimento disponível em sociedade em benefício da melhoria da performance administrativa e da democratização dos processos decisórios.¹¹⁹

Assim, a centralidade do cidadão¹²⁰, premissa que deve refletir em todas as áreas do Direito em que se tenha a interface entre poder público organizado e cidadania, destinatários do agir desse mesmo poder político, nas modernas construções do Direito Administrativo e da Administração Pública, proporciona o argumento modular para compreender em seu cabal sentido o novo direito fundamental à boa administração.

Entretanto, embora o direito à boa administração apresente todos os elementos para produzir efeitos, a aproximação do dever ser à realidade depende de um processo contínuo. Tanto em países de tradição democrática como em outros que passam por uma aprendizagem. O aperfeiçoamento da atuação administrativa e do sistema de direitos exige o esforço recíproco da própria Administração e da cidadania¹²¹, eis que aquela ainda resiste à transparência e a última aprende a ter uma conduta ativa. No caso do

¹¹⁵ MUNOZ, *El buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, pp. 40 e 73.

¹¹⁶ MORÓN, *Derecho Administrativo*, p. 80.

¹¹⁷ Participar não é decidir, senão influir na decisão. Tampouco é possível substituir a Administração profissional. Paderceria não apenas a eficácia administrativa além da imparcialidade e da garantia de legalidade. A participação dos cidadãos deve ser, pois, compatível com estes princípios e não perturbar a gestão dos serviços nem dilatar excessivamente as decisões. Ademais, Administração em democracia significa Administração transparente, eis que a transparência administrativa é uma conquista recente e incompleta. MORÓN, *Derecho Administrativo*, pp. 80 e 81.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 438.

¹¹⁹ PICININ, Juliana de Almeida Governança Compartilhada: Estado e cidadão com foco nos resultados. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 91, jul. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em 9 de janeiro de 2010, pp. 2 e 3.

¹²⁰ Os administrados passaram a cidadãos, titulares de direitos e dotados de uma posição ativa nas relações com a Administração. Longe de consistir apenas em precisão terminológica, o passo de administrados a cidadãos sintetiza a caracterização democrática da Administração Pública. Em primeiro lugar, a partir de uma concepção democrática da Administração, esta passou a estar a serviço do cidadão, superando e transcendendo o velho conceito de uma administração de poderes e prerrogativas. Em segundo lugar, a partir da noção de legitimidade da Administração, a colisão presumida entre os princípios da legalidade e eficácia como legitimadores da existência e atividade da Administração Pública, exigem equilíbrio, compatibilidade. CÓRDOBA, Elena Amador. De administrado a ciudadano. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-Administración, p. 561.

¹²¹ VALLE, Vanice Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. Biblioteca Digital Interesse Público - IP, Belo Horizonte: ano 10, n. 48, mar. 2008.

ordenamento jurídico brasileiro, o direito fundamental à boa administração depende de longo e penoso amadurecimento democrático, como já ressaltado.

5. Conclusões

O presente trabalho teve por escopo reavivar o debate sobre a relação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, através do estudo do direito fundamental à boa administração.

Nesta aproximação entre as normas constitucionais substantiva, que prevêem os direitos fundamentais, e as normas constitucionais da parte adjetiva, que prevêem a organização e funcionamento dos órgãos executivos, resulta modificado o próprio conceito de administração pública. Deixa esta de ser expressão de um *poder* do Estado para ser entendida como *função constitucionalmente vinculada* a ser desempenhada pelo Estado e a ser *o mais amplamente que possível compartilhada com a sociedade*, compreendendo todo o seu desenvolvimento.¹²²

Neste sentido, o cidadão, não simples administrado, deve ser participante ativo de todas as fases da atuação administrativa, desde o planejamento até seu controle. Em função dele é que as políticas públicas devem ser planejadas e concretizadas. Portanto, imbricadas estão as relações recíprocas entre a irradiação dos direitos fundamentais sobre a atuação administrativa, que deve levar em conta a participação dos cidadãos, e a dependência dos direitos fundamentais em consideração à atuação planejada e concertada da Administração.

Embora a efetivação do direito à boa administração dependa do amadurecimento democrático dos países em que se encontra, já que o controle social depende da educação dos cidadãos e do interesse em participar da atuação administrativa, o caminho é sempre contínuo e progressivo, independente do Estado em que se busque tal efetivação. Eis que é sinal comum dos tempos e dos diferentes países a necessidade de adaptação às mudanças que vieram pra ficar. A abertura à realidade exige a construção de soluções de forma diuturna, conjugada e dialógica entre os cidadãos e a Administração que deve lhes servir. Não há uma fórmula pronta para solução dos problemas apresentados.

6. Referências

ADDINK, G.H. *Buen Gobierno: ¿Un deber de la administración o un derecho ciudadano?* Traducido por Grismi Bravo Arana. jul. 2009. Disponível em <http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/images/documentos/Buen%20Gobierno%20final%202.pdf>. Acesso em 9 de janeiro de 2009.

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo, n. 217: 55 e 66, 1999.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª. edição. Coimbra: Almedina, 2009.

¹²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O paradigma do resultado*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em: 9 de janeiro de 2010

AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución española*. *Revista de Derecho Político*, n. 10, 1981, p. 107.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. ed., 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*. *Revista de Direito do Estado*, ano 3, n. 12, out./dez. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. In: *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O direito constitucional passa: o direito administrativo passa também* / José Joaquim Gomes Canotilho. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*. - Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização, separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, BFDC, LXVI, 1990.

CASSESE, Sabino. *L'età delle riforme amministrative*. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Vol. 51, Nº 1, 2001, pags. 79 a 98.

CÓRDOBA, Elena Amador. *De administrado a ciudadano*. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-Administración. In: *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*. Enrique Alvarez Conde (coord.). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998.

DUARTE, Maria Luisa. *Direito Administrativo da União Européia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

FERNANDEZ, Eusebio. *Teoria de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de António de Cabo e Gerardo Pisarello. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

LEWIS, Carol W. *In Pursuit of the Public Interest*. *Public Administration Review*, sept./oct. 2006, (p. 694-701).

MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

MARTINEZ, Fernando Rey. *¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derecho*. Biblioteca Digital Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 54, mar. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em 9 de janeiro de 2009.

MENDAZONA, Edorta Cobreros. Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 64, 2002, pags. 237 a 248.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O paradigma do resultado*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte: ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em: 9 de janeiro de 2010.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho Administrativo. Parte General*. 5ª. ed. Madrid: Tecnos, 2009.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. *El buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

_____. *El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas*. Disponível em http://www.ciberjura.com.pe/ondex.php?option=com_content&task=View&id=2232&Itemid=9. Acesso em 14 de dezembro de 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*. 5ª. ed. Madrid: Tecnos, 1993.

PICININ, Juliana de Almeida Governança Compartilhada: Estado e cidadão com foco nos resultados. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 91, jul. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em 9 de janeiro de 2010.

QUADROS, Fausto de. *A nova dimensão do Direito Administrativo*. O direito administrativo português na perspectiva comunitária. Coimbra: Almedina, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Público e sociedade técnica*. 1ª. ed. Coimbra: Tenacitas, 1969.

SODERMAN, Jacob. *Discurso pronunciado por el Defensor del Pueblo Europeo*, Ciclo de Conferencias: El papel de los Defensores del Pueblo en un mundo en transición, Mallorca, España, 28 de mayo de 2001. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/speeches/es/2001-05-28.htm>. Acesso em 14 de dezembro de 2009.

SCHIMDT-ASSMAN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madri: Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

VALLE, Vanice Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. Biblioteca Digital Interesse Público - IP, Belo Horizonte: ano 10, n. 48, mar. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em 14 de dezembro de 2009.