XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-082-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram a analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górgio da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar a fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: SUA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL

THE RIGHT TO FUNDAMENTAL GOOD PUBLIC ADMINISTRATION: YOUR MATERIAL FUNDAMENTALITY

Clayton Gomes de Medeiros
Marcelo Paulo Wacheleski

Resumo

Diante da fragilidade da Administração Pública na concretização de direitos garantidos pela Constituição de 1988, dos atos de improbidade administrativa, da corrupção e da má-gestão de recursos públicos, se faz necessário apresentar ao sistema jurídico elementos que possam contribuir com a proteção da finalidade do Estado e consequentemente da garantia de direitos. Assim, a fundamentalidade material da boa Administração Pública pode se tornar argumento balizador do Estado diante dos pleitos sociais perante a Administração e contra as possíveis arbitrariedades praticadas por esta. Baseando-se no método dedutivo bibliográfico busca-se demonstrar a fundamentalidade material do Direito à boa Administração Pública, já que a relevância da temática coloca-se diante da necessidade justificação de defesa da sociedade, onde tal recurso possa operar como argumento em favor da concretização de direitos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Boa administração pública, Fundamentalidade material

Abstract/Resumen/Résumé

Given the fragility of the public administration in the implementation of rights guaranteed by the 1988 Constitution, acts of administrative misconduct, corruption and mismanagement of public funds, it is necessary to submit to the legal system elements that can contribute to the protection of the purpose of State and consequently the guarantee of rights. Thus, the fundamentality stuff of good public administration can become beacon argument of the State front of social claims before the Administration and against the possible arbitrariness committed by this. Based on the literature deductive method seeks to demonstrate material fundamentality of the good public administration, since the relevance of this topic is placed on the need justification defense of society, where this feature can operate as an argument in favor of achievement rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Good public administration, Material fundamentality

1 INTRODUÇÃO

Inicia-se este trabalho apresentando de forma sucinta algumas considerações a cerca da Teoria dos Direitos Fundamentais, tendo-se como foco as análises feitas por Robert Alexy e buscando correlacioná-las à hipótese de existência de um Direito Fundamental à Boa Administração Pública, em que pese a análise feita por Alexy observando a Constituição Alemã, suas contribuições para a Teoria dos Direitos Fundamentais em geral é indubitável, razão pela qual merecedora de ser o fio condutor a ser utilizado.

Algumas questões instigam o presente trabalho, dentre elas, identificar a possibilidade de classificar o dever de boa administração pública enquanto Direito Fundamental do cidadão, buscando identificar a fundamentalidade material de tal direito.

Posteriormente apresentam-se algumas considerações a cerca do Estado e seu papel perante o cidadão, objetivando-se correlacionar o Estado e suas atribuições, o Cidadão e a concretização de seus direitos fundamentais em relação à Administração Pública.

2 SOBRE UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy se indaga sobre o que faz com que um enunciado da Constituição Alemã seja considerado uma disposição de Direito Fundamental e conclui que essa resposta pode basear-se em aspectos materiais, estruturais e/ou formais. Segundo os elementos estruturais e substanciais, seriam direitos fundamentais apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado, que pode ser uma classificação deveras limitada, razão pela qual dá preferência pela classificação formal, que é relativa à forma de sua positivação, ou seja, todas aquelas que foram dispostas no capítulo intitulado "Os Direitos Fundamentais", bem como as "disposições periféricas associadas". [1]

Para Robert Alexy a doutrina não apresenta classificação uniforme quanto aos conceitos retratados, mas grande contribuição e profundidade foi dada ao tema pelo

[1] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo 2008, p. 68-69.

autor fio condutor deste trabalho, na medida em que não se satisfaz apenas com conceitos pré-determinados e passa a desenvolvê-los minuciosamente, mas outros pontos de vista se fazem necessários.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.[2]

Para Sarlet, os direitos fundamentais encontram-se necessariamente vinculados ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material, sendo fundamentalidade material – quando se tem a referência de que bens jurídicos dotados de suficiente relevância e essencialidade, assim se fazendo necessária uma proteção jurídica reforçada, inclusive em relação às demais normas constitucionais, inclusive no que diz respeito a sua indisponibilidade pelos poderes constituídos, e a fundamentalidade formal – sendo considerada como resultado do Constituinte ter assegurado às normas de direitos e garantias fundamentais, uma aplicabilidade direta (art. 5, §1, da CF/88), onde estas normas teriam desde logo eficácia plena, devendo o Estado se aparelhar para a otimização de sua eficácia e efetividade.[3]

Pode-se dizer, então, que os direitos fundamentais, são fundamentais, por, pelo menos, duas razões, chamada de dupla fundamentalidade, e essa dupla fundamentalidade de que gozam, seriam em razão de serem considerados, bens jurídicos que guarnecem de uma tutela jurídica especial por sua relevância e essencialidade, motivando, assim, uma proteção jurídica reforçada, por serem considerados matéria especial, assim sendo protegidos diretamente no texto constitucional, inclusive em face dos demais textos constitucionais, e por terem aplicabilidade direta, ou seja, eficácia plena, não necessitando de nenhuma outra norma para terem aplicabilidade ou eficácia, sendo eficazes de imediato.

---

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, "Mínimo existencial" e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In:* SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 560-561.

Nota-se em grande parte da doutrina, que se tem por direito fundamentais aqueles determinados dentro de uma ordem constitucional, que estes direitos são convencionais e estabelecidos na constituição de um determinado Estado, que será em sua carta política o local onde se deva estabelecê-los, com o objetivo de protegê-los, dada a sua importância, do anseio do legislador ordinário, motivo pelo qual os direitos fundamentais são aqueles especialmente tutelados constitucionalmente e não em outros atos normativos quaisquer, assim não poderíamos deixar de contextualizar, mesmo que sucintamente, a constitucionalização ou a jurisdição constitucional, que bem faz Paulo Gustavo Gonet ao trazer que na Europa, nos planos ideais, o constitucionalismo é fonte do pensamento comprometido com o propósito de situar o poder em origem laica, ensejador da teoria do contrato social, relembrando que por doutrinas elaboradas nos séculos XVII e XVIII, situou o poder político como resultado da deliberação de indivíduos que, "guiados por seu próprio interesse, decidem constituir o Estado, com o propósito de obter determinados fins e objetivos".[4]

Para Branco a força exercida em muitos tronos europeus com pretensões conflitantes, decorrentes de interpretações diversas de um direito divino ao poder, conduziu a uma busca de justificação diferente para a autoridade, assim o poder soberano, absoluto, perpétuo, originário, desprendido de qualquer delegação, não derivado de qualquer outro poder humano poderia se contrapor a coletividade e ser exercido de forma arbitrária e opressora, como muito ocorreu na história mundial, razão pela qual observamos Estados Democráticos de Direito que objetivam a realização de direitos de igualdade.[5]

Tem-se por certo que, com o estabelecimento de um rol de direitos especiais, chamados aqui de direitos fundamentais almeja-se tutelar e garantir uma serie de direitos de maior relevância, pois se almeja garantir não apenas a vida e não só a vida em coletividade, mas garantir uma existência digna, que por certo, abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta.

Assim, quando se estabelece direitos fundamentais em uma constituição, se pretende tutelar além do rol de direitos ali elencados especialmente, considerados como direitos fundamentais, como tutelar a própria vida, mas não a vida por si só, pretende-se tutelar a vida digna, em que a dignidade da pessoa humana seja o ponto a ser atingido, e

---

[4] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

[5] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

para que a vida seja considerada realmente valorosa e preciosa deve ser garantida a dignidade que se possa levar na vida, as situações degradantes, humilhantes e que possam deteriorar o ser humano devem ser afastadas da existência humana, para que a vida tenha sentido e seja vivida com propositadamente, situação que oferecerá condições para a paz e harmonia social.

Buscando compreender, ainda, o significado destes institutos, preocupa-se Robert Alexy em diferenciar as estreitas conexões entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental, considera que sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito, porém salienta que a reciproca nem sempre é verdadeira, mais precisamente, afirma que há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos.[6]

Neste diapasão ressalta-se a importância da análise da estrutura das normas de direitos fundamentais para a teoria dos direitos fundamentais, sendo de grande relevância a distinção entre regras e princípios, onde esta distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.[7]

Para Alexy não pode haver nenhuma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nenhuma doutrina satisfatória sobre colisões, nenhuma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico, sem essa distinção (entre regras e princípios). A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.[8]

Assim busca-se compreender as distinções entre regras e princípios.

Alexy apresenta os critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios, e ressalta que tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser, ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diversa. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de

---

6 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 31.

7 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 63.

8 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 63, 64.

normas e passa a apresentar três teses: 1) a que sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, e seria diante da diversidade existente fadada ao fracasso; 2) a que é defendida por aqueles que embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau; 3) e a que para ele seria a correta, onde sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa.[9]

Entendendo que normas podem ser distinguidas em regras e princípios, não apenas por uma questão de graduação de relevância, mas por uma questão qualitativa da norma retratada.

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.[10]

Para Alexy os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídica.[11]

Logo, tem-se que princípios podem ser mais ou menos satisfeitos. Já as regras, segundo Alexy, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.[12]

Nota-se que o fato de princípios poderem ser mais ou menos satisfeitos não lhes retira a relevância, muito pelo contrário, isso lhes dá uma margem de realização em qualquer caso, posto que podem ser mais ou menos satisfeitos, o que se deduz é que em qualquer das hipóteses será ao menos minimamente realizado, não trata-se de uma

---

9 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 64-67.

10 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 63.

11 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 67,68.

12 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 68.

norma binária (ou realiza tudo ou não se realiza nada), destarte ao se tratar de princípio sempre deve-se ter ao menos uma realização mínima, o mesmo não ocorrerá com a regras que podem ser totalmente satisfeita ou não satisfeitas, ou seja, uma realização binária.

Observa-se, então, que os princípios operam como mandamentos de otimização, significa dizer que podem ser concretizados em maior ou menor grau, mas que o princípio inserido em um ordenamento jurídico busca a otimização, a melhoria, resultado mais favorável, já que ele (o princípio) poderá cada vez mais ser concretizado em maior grau, um princípio soa como uma busca incessante pela melhoria constante e ascendente.

Alexy ao retratar da estrutura das normas de direito fundamental afirma que não são poucas vezes que as normas de direito fundamental são chamadas de "princípios", e que rapidamente se faz valer do caráter de princípio de maneira não tão direta, esse mecanismo se expressa quando se fala de valores, de disposições que estabelecem fins, de fórmulas abreviadas ou de regras que estabelecem cargas argumentativas, assim preliminarmente e com embasamento nesta perspectiva poder-se-ia falar em direito à boa administração pública enquanto direito fundamental sob o aspecto de ser um princípio que poderá ser suscitado como carga argumentativa ou um valor a ser perseguido pelo Estado.[13]

Feitas estas observações iniciais, passa-se ao aparente atrito entre os casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.[14]

Adotando-se as nomenclaturas colisão ao retratar de princípio em contraposição a outro princípio e conflito para retratar o fato de uma regra em contraposição à outra regra.[15]

Para Alexy um conflito entre regras somente pode ser solucionado se introduzida em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras, nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma, esse problema pode ser solucionado por meio de regras como a expressa

---

[13] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 63, 64.

[14] S. PAUSON *apud* Alexy, quanto à terminologia que entende adequada ao referir-se a colisões entre princípios e conflito entre regras.

[15] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008p. 69.

no brocado *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito, sendo fundamental que a decisão trate sobre essa validade.[16]

Já ao se referir entre a colisão de dois princípios, um dos princípios terá que ceder, isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção, o que ocorre é que um dos princípios têm precedência em face do outro sob determinadas condições, observa-se que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios, visto que só princípios válidos podem colidir, ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso.[17]

Essa relação de tensão entre princípios, não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza por si só de prioridade, para Alexy, o conflito deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, sendo objetivo deste sopesamento definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.[18]

Um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro e essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária. A lei de colisão é a regra que decorre do sopesamento destas condições.[19]

Observa-se que a lei de colisão é a solução baseada no sopesamento após a constatação de uma colisão entre princípios cujos valores abstratos estão no mesmo nível, e para demonstrá-la, Alexy retratou caso ocorrido no Tribunal Constitucional Federal Alemão, onde se construiu uma conexão de raciocínios baseados na

---

16 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 69, 70.

17 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008. 70,71.

18 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008. 71,72.

19 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 73.

interpretação dos princípios contrapostos e que passam a ser ponderados, e desta interpretação e ponderação resulta um direito fundamental atribuído, ou seja, de um caso concreto onde um condenado prestes a finalizar o cumprimento de sua pena e na iminência de sua saída do sistema prisional, tem televisionado um documentário a cerca do crime, inclusive sendo retratado com sua imagem pessoal, e assim o tribunal se vê na situação de colisão de princípios, com o direito a honra colidindo com a liberdade de informação, posto que baseado apenas no primeiro princípio o documentário teria proibida sua veiculação, e baseado no segundo princípio seria permitida, assim essas duas normas tomadas apenas nelas mesmas conduzem a resultados mutuamente contraditórios, porém, neste caso, salienta que, a validez de uma delas dependerá das circunstâncias do caso concreto, que faz com que o Tribunal observe não apenas a regra de precedência geral da liberdade de informação da emissora em caso de uma informação atual sobre feitos delitivos, sendo esta precedência geral ou básica, logo conclui que nem toda informação atual está permitida, o que permitirá exceções, já que são regras de precedência básica.[20]

Destarte, nota-se que já se denominou por normas de direito fundamental, tanto as normas diretamente estatuídas como as normas atribuídas, sendo que Alexy divide as normas de direitos fundamentais em dois grupos, um de normas de direitos fundamentais estabelecidos diretamente pelo texto constitucional e outro onde as normas de direito fundamental são atribuídas.

Porém há grande preocupação na doutrina ao definir como direitos fundamentais as normas atribuídas, posto que daí pudessem se depreender diversas normas que colocariam em dúvida a legitimidade das mesmas, na medida em que se chegaria a um modelo normativo extremamente aberto onde se admitiria qualquer norma como direito fundamental atribuído, onde poderia haver, ou não, nesta norma uma abordagem de relevância carecedora da classificação enquanto direito fundamental.

Alexy preocupa-se com o critério a ser utilizado para limitar a atribuição de normas de direito fundamental, estabelecendo preliminarmente algumas possibilidades, que isoladamente são descartadas, e conclui que uma norma atribuída é válida, e considera-se norma de direito fundamental, se passível de observação dos três critérios por ele retratados, quais sejam: o texto das disposições de direitos fundamentais, os

[20] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 76-78.

precedentes do Tribunal Constitucional e os argumentos práticos gerais na fundamentação referida a direitos fundamentais.[21]

E assim, pode-se dizer que qualquer norma de direito fundamental necessita de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais, uma norma de direito fundamental pode encontrar-se expressamente prevista na Constituição, bem como ser derivada de texto expresso, ou seja, atribuída por um direito fundamental expresso no texto constitucional, sendo que para as normas diretamente estabelecidas sua argumentação é baseada no próprio texto normativo constitucional, e para as normas atribuídas a fundamentação referida deve ser peculiarmente construída baseando-se inclusive no texto constitucional expresso.[22]

Baseando-se na construção feita por Alexy, quanto às regras e princípios, e normas de direito fundamentais expressas e atribuídas, onde se afirma a possibilidade de existirem direitos fundamentais derivados do texto constitucional, sem que necessariamente esteja expressamente apresentado, e considerando os possíveis critério que devam ser observados para considerar um direito enquanto direito fundamental, não se afasta destes critérios invocados por Alexy, a ideia de um direito fundamental à boa administração.

Pensar no modelo de Estado Democrático e em Direitos Fundamentais tem sido uma tarefa que por diversos momentos se abre a possibilidade de imaginar os fins do Estado, e que aparenta ter como fim a manutenção da dignidade da pessoa humana de todos os seus integrantes, quer sejam eles pessoas que atuam da forma esperada pelo Estado ou não, e que para essa máxima concretização da dignidade humana, direitos especialmente tutelados objetivando uma proteção contra possíveis atos legislativos controversos, uma classe especialmente elaborada de direitos se apresentam nos Estado democráticos constitucionalistas, os Direitos Fundamentais.

Em que pese as considerações de Alexy, observa-se na doutrina que não objetivando simplificar demasiadamente as preocupações até então apresentadas, com grande maestria Ingo Wolfganfg Sarlet salienta que no Estado material de Direito, observa-se além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder, a simultaneamente como metas, parâmetros e limites da atividade

---

[21] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 74.

[22] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo 2008, p. 75,76.

estatal, encontrando valores, direitos e liberdades fundamentais, chegando, assim, na ideia de legitimidade da ordem constitucional e do Estado.[23]

Com essa expressão tem-se a ideia da estruturação do poder do Estado e concomitantemente com a sua legitimação que se dá na medida em que observáveis valores, direitos e liberdades fundamentais, onde os direitos fundamentais funcionam como base e fundamento do Estado no exercício do poder que lhe é atribuído, razão pela qual se pode suscitar a existência de um direito fundamental à boa administração, que pode ser considerada aquela administração pública que está em conformidade com a legitimação que se satisfaz quando observadas na maior medida possível, simultaneamente, a base e o fundamento do Estado.

Ingo afirma que assume relevo a concepção de que os direitos fundamentais constituem algo a mais que a função limitativa do poder do Estado, já que os direitos fundamentais funcionam também como critério de legitimação do poder estatal, e que o poder se justifica pela realização dos direitos do homem.[24]

Ingo Wolfgang Sarlet cita Pérez Luño que entende que "existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito".[25]

Esse nexo introduz abertura à discussão quando a necessária fundamentalidade de direito à boa administração pública como pressuposto do Estado de Direito, que se exige a garantia dos direitos fundamentais, e somente poderá fazê-lo se observar que há uma premissa maior que deve ser concretizada pelo Estado, para a concretização dos demais direitos fundamentais.

3 DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO E RAZÃO DO DEVER-SER

Para, José Afonso da Silva, a boa administração pública se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens

[23] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.
[24] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 71.
[25] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 71.

e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas.[26]

Essa conceituação feita por José Afonso da Silva quanto a boa administração pública nos remete ao princípio como mandamento de otimização, onde não se consubstancia em uma regra binária, em que deve ser totalmente exaurida em sua concretização, ou não concretizada, na medida em que refere-se a um conceito aberto do que é boa administração, e não em condutas específicas e limitadas, mas sim um conjunto de ações e posturas por parte da administração pública e de seus agente para que sempre que possível seja concedido o melhor esforço na busca dos interesses coletivos, e que essa forma de atuação pode ser cada vez mais aprimorada e crescente.

Romeu Felipe Bacellar Fillho ressalta que a Administração Pública está submetida à imposição constitucional de promover o interesse público, que para ele se traduz no bem de todos, fundamentado no artigo 3.º, IV, da CF, e que este somente será alcançado de a atuação da administração observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no próprio texto constitucional, em seu artigo 37, *caput*.[27]

Ressalta-se a ideia apresentada por Adriana da Costa Ricardo Schier, que retrata algumas obras que ilustram o movimento voltado à construção de um Estado Democrático de Direito, ainda anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, onde admite o Direito Administrativo como um espaço de luta e como instrumento de emancipação, onde salienta como função do Direito, intervir na realidade para construí-la de acordo com um específico ideal de justiça, fundado na dignidade da pessoa humana, sustentada pela chamada dogmática constitucional emancipatória, em que se apresenta uma hermenêutica prospectiva capaz de contribuir para a mudança da triste realidade que acomete a formação social brasileira.[28]

Jaime Rodrígruez-Arana Muñoz cita a Constituição Espanhola de 1978, para definir Administração como uma organização que serve com objetividade aos interesses

---

[26] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35. Ed. Rev. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 668.

[27] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse público.** Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90.

[28] SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse público.** Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 382.

gerais (artigo 103.1, CE), que reformas administrativas devem ocorrer em função das pessoas e não em função dos interesses burocráticos, para que assim a administração promova condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e das coletividades das quais os indivíduos fazem parte, sejam reais e efetivas, devendo assim a Administração remover obstáculos criados ou que impeçam a plenitude e facilitação para a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.[29]

A preocupação com a liberdade e com igualdade, que num primeiro momento pode parecer pouca proteção, ao se observar com maior profundidade pode-se estar diante de um grande passo na concretização dos direitos fundamentais, ao se propor a proteção inicialmente destes dois e da boa administração que antecederá a estes para promovê-los, pois uma infinidade de direitos podem ser considerados desdobramentos da liberdade e igualdade.

Jaime Rodrígruez-Arana Muñoz ressalta a ideia de que assegurar as liberdades das pessoas reais a partir de novas políticas públicas, a Administração Pública, estaria diante dos elementos chave para assegurar que as aspirações dos cidadãos possam fazer-se realidade.[30]

Logo, para que se possam concretizar os direitos fundamentais e consequentemente oportunizar a vida digna, principalmente para aqueles que estão à margem da sociedade, seria um pressuposto que este cidadão recebesse do Estado e seus agentes o máximo empenho para uma boa administração pública, o que faz remeter este trabalho ao conceito de princípio dado por Alexy, de princípio como mandamento de otimização, pois os cidadãos marginalizados recebendo ou tendo a redução dos obstáculos para, ao menos, concretizarem liberdade e igualdade, poderiam perseguir outros patamares de concretização de direitos.

Se a redação do artigo 3.º da Carta Magna Brasileira, apresenta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, classificada por José Afonso da Silva como um direito fundamental solidário[31], construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de

---

[29] RODRÍGRUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública.** Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25.

[30] RODRÍGRUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública.** Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25-26.

[31] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35. Ed. Rev. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 184)

discriminação, tais fundamentos da República se distanciam de sua concretização quando afastada a proteção dos direitos fundamentais quer sejam eles expressos ou atribuídos, não podendo o Estado Democrático de Direito eximir-se da responsabilidade em garantir condições para a existência humana digna, posto que estaria se distanciando de seus próprios fundamentos.

Juarez Freitas elenca direitos, princípios e regras que podem ser observados a partir do direito fundamental à boa administração pública, tais como: o direito à administração pública transparente; o direito à administração pública dialógica; o direito à administração pública imparcial; o direito à administração pública proba; o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada; o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz; dentre outros.[32]

A principal ferramenta para a concretização de direitos fundamentais e a promoção da dignidade da pessoa humana no Estado é a própria atribuição e atuação assumida pelo Estado, em gerir sua estrutura para que seja capaz de promover condições favoráveis para esse fim característico do Estado, que é o bem comum.

Neste diapasão apresenta-se o ponto de vista de Jaime Rodrígues-Arana Muñoz, que a dignidade da pessoa, centro e farol da interpretação e do processo de elaboração das normas, e que o interesse púbico fundamental, básico, primário, reside em fomentar e propiciar desde o poder público que os cidadãos podem disfrutar, do livre e solidário exercício e desenvolvimento de todos os direitos humanos sem exceção.[33]

Não se deseja apresentar uma ideia de Estado culpado, mas demonstrar que é possível estabelecer um novo paradigma de direito fundamental, o direito fundamental à boa administração pública como um princípio como mandamento de otimização do Estado, passível de ser utilizado como argumento para que as atuações estatais sejam pautadas na boa administração e não em interesses egoísticos, privados ou pessoais, e que se possa com base em tal construção pautar outros patamares de decisões, ao se concluir que também se está diante de um direito fundamental, quando tratamos do direito que o cidadão tem de receber do Estado a boa administração dos recursos públicos, e que a ineficácia deveras presente na atuação do Estado, por seus agentes,

---

[32] FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22,23.

[33] RODRÍGRUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoria central de la actuación de las Administraciones Públicas. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse público.** Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 62.

compromete não somente suas competências funcionais como também prejudica a efetivação e concretização de direitos fundamentais, onde os cidadãos não são respeitados em seus direitos fundamentais e por consequência em sua expectativa de existência digna.

Para imaginar a ideia de efetividade dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, necessita-se em um primeiro plano que a atuação do Estado objetive a própria boa administração pública, e esta boa administração passe a focá-lo como um primeiro direito fundamental, que deve ser concretizado, para que os demais direitos fundamentais tenham por meio deste, maiores possibilidades de serem oportunizados.

Para Jaime Rodrígruez-Arana Muñoz a essência do bom governo e da boa administração está fundada na dimensão ética, porque se percebe que o governo e a direção de instituições públicas não é uma atividade neutra, ou seja, deve ser uma atividade orientada, e orientada para um fim, e seu fim deve ser o bem-estar integral dos cidadãos.[34]

Este fim pode-se afirmar que seja a concretização de direitos e principalmente dos direitos fundamentais do cidadão para a promoção da dignidade da pessoa humana.

Relevante se faz a leitura e interpretação dos ensinamentos de Robert Alexy, no que tange a razão, mais uma vez, descreve que Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não for estabelecida uma exceção, razões definitivas, ambos podem ser considerados razões para ações ou razões para normas (enquanto razões para normas podem ser para normas abstratas/gerais ou para normas individuais). Defende que se regras e princípios são razões para normas, eles são também indiretamente razões para ações, ressalta que regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem ser razões para decisões concretas. A caracterização dos princípios como razões para regras indica um ponto acertado, pois reflete o diferente caráter das regras e dos princípios como razões para juízos concretos de dever-ser.[35]

O caminho que vai do princípio – do direito *prima facie* – até o direito definitivo, passa pela definição de uma relação de preferência, mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma relação de preferência é a definição de uma regra, e nesse sentido é possível afirmar que sempre

---

[34] RODRÍGRUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública.** Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 45.

[35] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 83.

que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.[36]

Chega-se à ideia de que a boa administração pública pode ser um direito fundamental atribuído do texto normativo de diversos direitos fundamentais, operando na condição de direito fundamental atribuído, na medida em que, para que os direitos fundamentais expressamente positivados se concretizem se faz necessária uma boa gestão dos recursos públicos e se observa que neste caso o direito fundamental à boa administração pública encontra-se como uma razão de dever-ser para as ações do Estado e de suas instituições.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO EM SUA RELAÇÃO COM O ESTADO

Busca-se neste momento encontrar uma vinculação entre as atividades do Estado em sua relação com o cidadão e inidica-se citando Foucault, que afirma que nunca se governa Estado, território ou uma estrutura política, mas sempre se governam pessoas, indivíduos ou coletividades.[37]

Com essa afirmação pode-se entender que a forma de governo se relaciona diretamente com as pessoas, e a complexa relação entre cidadão e Estado.

Mas observa-se que o Estado moderno não mais abriga os poderes e características que já teve outrora, a partir da principal obra de Nicolau Maquiavel (O Príncipe - 1513), Antonio Gramsci afirma que, na modernidade, o príncipe não pode ser um indivíduo, mas sim um organismo determinado pelo desenvolvimento histórico: o partido político, fruto da "vontade coletiva". O partido moderno, na visão de Gramsci, é o centro de uma ampla rede de instituições sociais e políticas que compõem a sociedade civil, assim observa-se que se deixou de ter uma figura central como ser detentor de poder e direitos e passa-se a observar a vontade coletiva.[38]

Já Rousseau ao retratar o Estado e entes dele a sociedade, considera que o homem nasce livre, e para ele a mais antiga de todas as sociedades, e a única natural é a

---

[36] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008, p. 83.

[37] FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France** (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 164.

[38] GRAMISCI, Antonio. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno.** 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 9.

família, onde as crianças apenas se mantêm vinculadas aos pais pelo tempo necessário para sua conservação, cessando tal necessidade, cessa-se o laço natural e pode ser mantido um laço de voluntariedade, e a família se mantém, a partir daí, por convenção, assim pessoas se organizam em sociedade não por um laço natural, mas sim por um laço de voluntariedade e necessidade. Organizam-se em Estado e se submetem às regras deste, não apenas para ter um ente superior para comandar suas vidas e partilhar o resultado de seu esforço e trabalho por ser evidentemente bom e divertido compartilhar parte de sua produção com o Estado e consequentemente com os demais membros deste agrupamento social, mas por acreditarem que a organização social em Estado, possa ser capaz de oferecer segurança, no sentido amplo da palavra.[39]

Esta segurança, que se espera do Estado, tem um custo, não só econômico, como também o elevado custo de limitar a liberdade daquele que almeja a proteção e segurança do Estado, pois a pessoa que se submete ao Estado oferece parte de sua liberdade como um dos elementos que legitimarão a força, o "empoderamento" do Estado será concretizado com um pouco da força e liberdade de cada cidadão ali submetido, para que este Estado seja um ente capaz de proteger aqueles que a ele se submetem, e para que tenha a força capaz de coagir os que contrariarem direitos e deveres fundados no melhor interesse público e coletivo.

Logo, é dado ao Estado uma condição especial de poder, posto que representa a coletividade de anseios frente ao anseio individual, muitas vezes meramente egoístico, sendo concedido ao Estado o poder e também diversas atribuições na forma de responsabilidades, em que deverá atuar ou se abster, chamados direitos negativos ou positivos, para que o Estado seja o guardião da proteção, pois deve expelir ameaças aos direitos e promover condições para que estes direitos se realizem nas vidas de seus cidadãos, são alguns destes direitos concebidos como fundamentais, pois para que uma coletividade de pessoas possa viver em harmonia é necessário que as disparidades em certas áreas sejam minoradas ao máximo, para que seja reduzida a atuação de um particular contra outro particular, buscando a concretização de um direito ou por mais que não esteja positivado, de um bem que seja de grande valia em face de outro considerado de menor valia, não alimentando que os bens vida, saúde, alimentação, fossem almejados por quem não os tem, e que a valoração destes bens permitissem o ataque contra outro particular para buscar a concretização destes bens.

---

[39] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Trad. Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat de Moraes, [1762], p. 11.

Desta forma, os modelos de Estado idealizados foram municiados com poder, e também responsabilizados por concretizar e tutelar uma série de direitos, direitos estes especialmente protegidos, por serem entendidos e convencionados como direitos de maior relevância, por se tratarem de um núcleo essencial para o desenvolvimento da vida, os quais foram denominados por direitos fundamentais.

Para Luigi Ferrajoli, a definição teórica de direitos fundamentais pode ser dada quatro respostas diversas, uma do ponto de vista de justiça, do ponto de vista da validade segundo o direito positivo, outra do ponto de vista da efetividade e a quarta posição, sendo o ponto de vista da teoria do direito, e neste aspecto identifica os direitos fundamentais como todos aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir, sendo esta uma definição estipulativa ou convencional que ocorre como qualquer outra definição da teoria do direito.[40]

Este entendimento em muito contribui para a estipulação de um direito fundamental à boa administração pública, na medida em que estabelece que a definição de direitos fundamentais possa ser vista, assim como outros direitos, uma construção estipulativa ou convencional, bem como ao ressaltar que direitos fundamentais seriam todos aqueles atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, e segundo essa conceituação o direito fundamental à boa administração pública seria abarcado por ser um direito inerente a todos na medida em que todos são governados, remetendo-se novamente a Foucault em sua fala de que não se governam Estados ou territórios, mas sim pessoas.

Ingo Wolfgang Sarlet adota posicionamento de que os direitos sociais expressos ou implicitamente positivados, constantes no título II da CF ou em qualquer outra parte da CF, e mesmo nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil se equiparam, ou melhor, consideram-se direitos fundamentais, logo devendo gozar das prerrogativas protetivas destes.[41]

Adotando a corrente que admite os direitos fundamentais como aqueles previstos e especialmente tutelados na esfera constitucional, há a análise de estes não

---

[40] FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copeti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2011, p. 89-92.

[41] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, "Mínimo existencial" e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 560

serem o bastante, como também sendo de suma importância a proteção da dignidade na existência humana, ou seja, o viver dignamente, honradamente e não ser submetido a situações degradantes que exponham a vida humana à ausência de sentido, insignificância ou irrelevância, devemos ter um conteúdo essencial destes direitos, que devem ser ultra especialmente protegidos e observados, ou seja, estamos diante do mínimo existencial.

Sarlet relata que ficou consagrado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações. Não sendo passível de quantificação o mínimo existencial, já que tal conceito fica condicionado ao tempo e espaço, dependendo ainda do *standart* da sociedade, logo sujeito a flutuações[42].

Peter Häberle expressa quanto ao nascimento do conceito de Dignidade Humana no sentido de que "A dignidade humana como 'reação' aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial é, nesses textos, digna de nota, mas também importa destacar a dimensão prospectiva da dignidade, apontando para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa"[43].

Segundo Sarlet a vida humana não pode ser reduzida a mera existência, sendo que a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada "quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade".[44]

Ressaltamos que o mínimo existencial, não pode e não deve ser confundido com o que se chama de mínimo vital ou mínimo para sobrevivência, este diz respeito a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas ou de uma vida com qualidade.

---

42 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, "Mínimo existencial" e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 564.

43 HÄBERLE, Kurt. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Béatrice Maurer... [et. all.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. Ed. Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47.

44 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, "Mínimo existencial" e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 567.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como alfa e ômega do sistema de direitos fundamentais, ou seja, o princípio e o fim que se deseja alcançar.[45]

Assim, entende-se que os direitos fundamentais formam um sistema, no qual podemos arrolar direitos que se pretende proteger de forma especial, com maior prioridade ou relevância, pois são permeados pela dignidade da pessoa humana e ao final objetivam que o ser humano tenha uma vida digna, sendo que uma das funções exercidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana reside justamente por ser ao mesmo tempo na ordem constitucional, elemento que confere unidade de sentido e elemento que confere legitimidade. Poderíamos dizer que a unidade de sentido, seria a diretriz, o norte, o ponto que se pretende alcançar com o conjunto do ordenamento jurídico, e ao conferir legitimidade se atrela os mecanismo e meios utilizados pelo ordenamento jurídico para se atingir o bem maior que seria a própria dignidade da pessoa humana, que é razão pela qual se justificam as medidas presentes no ordenamento jurídico.

Na medida em que se consegue extrair dos direitos fundamentais a noção da dignidade da pessoa humana como sendo um conteúdo mínimo para existência digna, seria possível que o Estado se eximisse de seu papel de garante, frente à afronta aos direitos fundamentais, quando a afronta se dá por particulares? E se resposta é negativa, como poderíamos responder ao questionamento quando a afronta a direitos fundamentais se dá por ação ou omissão do próprio Estado?

Nota-se que deve haver um forte elo entre o cidadão e a concretização e proteção de direitos fundamentais por parte do Estado, já que a proteção do cidadão é um dos objetivos primeiros do Estado, pela sua própria razão de ser, que deve o cidadão da ação dos demais, logo não podendo ser ele – o Estado – o responsável pela afronta a direitos fundamentais do cidadão. Pode-se questionar qual seria a razão do próprio Estado e motivo de sua legitimação de poder se não tivesse por finalidade a proteção do cidadão.

5 CONCLUSÃO

[45] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e "Novos" Direitos na Constituição Federal de 1988: Algumas Aproximações. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A construção dos novos direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris, Ed. 2008, p. 176-205.

O homem enquanto ser social necessita de expectativa de equilíbrio entre seus pares para que o sistema em que se vive se faça suficiente e harmônico, para tanto deve-se buscar um sistema que propugne pela igualdade, não apenas formal, ou seja, no campo abstrato, como também real, no campo das concretizações, buscando-se cada vez mais aproximar o conceito abstrato com a realidade e vida prática dos cidadãos.

Assim, buscou-se apresentar algumas ideias quanto aos direitos fundamentais, sua fundamentalidade material e formal, quanto às distinções e aproximações entre princípios e regras, bem como buscar bases para conceituar o que se entende por direito à boa administração pública e por quais razões estes poderiam se enquadrar ao rol de direitos fundamentais.

No que tange aos direitos fundamentais atribuídos, nota-se que são aqueles que não estão expressamente positivados no texto constitucional, porém podem ser percebidos e extraídos do próprio texto constitucional e se equiparam às normas de direitos fundamentais expressas.

Ao retratar dos princípios notou-se que estes operam, segundo o autor fio condutor deste trabalho, como mandamentos de otimização, podendo o serem concretizados em maior ou menor grau, o que os diferirá das regras que apresentam-se de forma binária, quanto em conflito do outra ou será aplicada ou não aplicada, o que remete a ideia de que o direitos fundamental à boa administração pública enquanto princípio, e logo, válido enquanto um princípio que expressa um mandamento de otimização.

Observou-se, ainda, que, o princípio da igualdade se faz presente em nosso ordenamento jurídico e em diversos momentos tem-se a ideia de que este princípio norteará o ordenamento jurídico e será o peso maior na balança para que políticas e decisões possam ser justas, ou mais justas, ao serem analisadas sob a lente da igualdade.

Em que pese o papel do Estado e da Administração Pública em suas atribuições positivadas, o que se denota, é que este papel não se subsume nele mesmo, o Estado está num contexto social e neste contexto o poder que lhe é conferido, tampouco deve servir aos seus agentes na qualidade de poder pelo poder. Mas o poder para servir, e servir a quem e como? Questionamentos que devem ser feitos, pois o Estado sem povo não será Estado, e deve-se observar que o povo é um elemento essencial para que possamos falar em Estado, e para tanto este elemento deve ser respeitado e protegido, e que o respeito somente pode ser entendido quando o Estado se aprimora para que as boas práticas de

gestão e a garantia de direitos fundamentais e dignidade humana estejam presentes nas práticas sociais e políticas públicas.

Assim, pode-se deduzir que um direito à boa administração pública seja considerado um direito fundamental atribuído, classificando-o como princípio, e talvez como um princípio de direito fundamental atribuído, já que observável as características básicas anteriormente mencionadas, e por serem os princípios definidos como mandamentos de otimização e as regras como normas que sempre são satisfeitas ou não, evidente que os princípios enquanto mandamentos de otimização buscam sua efetividade, mas não da mesma forma que as regras em seu caráter binário de execução integral ou exclusão ao deparar-se em conflito com outra regra, e classificando o direito fundamental à boa administração pública um princípio otimizador.

O direito à boa administração pública sendo caracterizado como direito fundamental, e mais especificamente como um princípio derivado de direito fundamental atribuído será supedâneo para concretização de todos os outros direitos fundamentais que devam ser protegidos e promovidos pela administração pública, bem como os princípios constitucionais norteadores da administração pública (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, etc), afastando-se o princípio da Supremacia do interesse Público sobre o Privado em sua acepção e argumentação de que administração possa se valer de qualquer meio necessário para a realização de atos que julgar necessário, sob o argumento de que seus interesses por serem públicos em si só são de maior relevância, mesmo em situações que pudessem ser facilmente contornadas pela administração pública sem a necessidade de medidas mais drásticas, perde-se assim esse critério de supremacia, dando lugar a um interesse coletivo[46] que é a proteção da esfera de vida privada de cada um dos cidadãos pela administração pública.

Logo pensar em um direito fundamental à boa administração pública enquanto princípio Constitucional norteador da Administração Pública no Brasil pode ser advindo de uma "relação de refinamento", pois se pode ter por derivação, por relação de fundamentação entre a norma a ser refinada e a norma que a refina, assim consideram-se normas de direitos fundamentais não apenas as que estão expressamente previstas no

[46] Quando se fala em direitos coletivos nota-se uma correlação com os direitos coletivos e difusos, mas não se deve afastar desse entendimento que a soma de interesse privados não egoísticos, podem ser legítimos e devem ser preservados pelo Estado e podem ainda, ter caráter coletivo, já que o interesse da manutenção de direitos legítimos em face de arbitrariedade pode configurar um expressão de defesa de direito e deve ser respeitada pelo Estado.

texto Constitucional com tal, mas também aquelas derivadas do texto constitucional que refinam de forma a dar sentido e clareza às normas constitucionais.

Na situação supramencionada, não se observa um direito fundamental não escrito, este seria assim considerado se não houvesse relação de refinamento entre a norma refinada e a refinadora, porém salienta-se que por uma relação de fundamentação pode-se obter uma norma refinadora, e assim estaríamos diante de um direito fundamental, e as normas não contidas expressamente pelo texto constitucional, mas que são derivadas deste por essa relação de refinamento, são consideradas "normas atribuídas".

Buscou-se construir aqui a fundamentação teórica que demonstrasse os direitos fundamentais em relação com o Estado na boa gestão seus bens e recursos materiais e humanos, não apenas objetivando a boa administração em si mesma, o que já seria um mérito, mas objetivando o bem-estar integral dos cidadãos como sendo a boa administração um direito fundamental do cidadão para concretizar o restante de sua carta de direitos. Os conceitos de Direito Fundamental e de Dignidade da Pessoa Humana se afastam cada vez mais do Estado e de suas práticas se a dimensão ética no agir em sua conduta administrativa não estiver perenemente em alerta para o bem-estar integral dos cidadãos.

E por fim, ao observar o papel da Administração Pública em suas atribuições positivadas na Constituição pode-se denotar que a função do Estado não se subsume em si mesmo, o Estado está em um contexto em que o poder que lhe é conferido não deve servir aos interesses privados de seus agentes na qualidade de poder pelo poder, mas deve atingir o fim a que verdadeiramente se destina: a coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundament**ais. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord). **Direito Administrativo e Interesse público.** Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M.(Org.). In: **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978).** Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAMISCI, Antonio. **Maquiavel, a Política e o Estado Moderno.** 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Béatrice Maurer... [et. all.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. Ed. Rev. e Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47.

RODRÍGRUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública.** Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. El interés general como categoria central de la actuación de las Administraciones Públicas. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse público.** Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 62.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Trad. Rolando Roque da Silva. Ed. Ridendo Castigat de Moraes, [1762].

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, "Mínimo existencial" e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flavio (org.). **Direitos Fundamentais: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e "Novos" Direitos na Constituição Federal de 1988: Algumas Aproximações.** In MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris, Ed. 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve de Servidores Públicos. *In:* BACELLAR FILHO,

Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder (Coord). **Direito Administrativo e Interesse público.** Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35. Ed. Rev. São Paulo: Malheiros, 2012.