Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado
Número 5 – março/abril/maio 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

O DIREITO ADMINISTRATIVO NOS QUINZE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Prof . Rafael Da Cás Maffini
Mestre e Doutorando na UFRGS
Advogado em Porto Alegre. Professor de Direito Administrativo

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do controle judicial da atividade administrativa; 2. Do princípio da transparência; Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal completou 15 anos da sua promulgação com a efervescência de um adolescente. Afigura-se cediço que o texto da Carta Política buscou a completude. Preceituaram-se normas jurídicas das mais genéricas, como a proteção à dignidade da pessoa humana (Art. 1°, III), de tão árdua definição jurídica, às mais minuciosas, como aquela que chega ao extremo de utilizar-se de um preceito constitucional para a cominação de nulidade (Art. 37, § 2°). Navega, no auto de seus 250 artigos, por temas dos mais variados, seja em importância social, seja no que tange à normatividade jurídica. Futebol, petróleo, ensino público, finanças, tudo erigido à condição de assunto de relevância constitucional, além é claro de temas imprescindíveis hodiernamente como um bem lançado catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais.

Nossa Constituição é sim um documento barroco e, justamente por isso, "*insiste na riqueza, na abundância, na repetição, na reiteração em forma explícita do que nela já se contém e dela facilmente pode ser extraído pela*

interpretação"[1]. Tamanha é a extensão do texto e a vastidão dos temas tratados que se chega ao risco de comprometimento da força normativa da Constituição, ocasionada pela necessidade constante de alterações e revisões do texto constitucional[2]. Tal característica – que ora se mostra uma virtude, ora se revela um vício – é escusável, por ser uma espécie de resposta ao período obscuro que a antecedeu.

Quanto às virtudes do detalhamento típico do texto constitucional vigente, talvez a maior delas consista no fato de que se operou uma notável constitucionalização de regras e princípios de Direito Administrativo, havendo, inclusive, o destacamento de todo um compartimento destinado à "*Administração Pública*" (Capítulo VII, do Título III), sem prejuízo, por certo, de outros tantos dispositivos direta ou indiretamente pertinentes à referida área da Ciência Jurídica.

Cumpre salientar, nesse passo, que a importância atribuída ao Direito Administrativo pela Constituição de 1988, sobretudo no que toca ao elevado número de preceitos, não é encontrada em qualquer outra Constituição que antecedeu a vigente, nem em qualquer outra Constituição alienígena[3]. Não é exagero, pois, falar-se em uma verdadeira "*Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo*", no sentido de que o Direito Administrativo, cuja codificação não é da tradição brasileira, vislumbra na Constituição Federal uma verdadeira tábua sistemática de normas, as quais, pela hierarquia que possuem, hão de alcançar a maior efetividade que a interpretação jurídica lhes possa conceder[4].

O presente ensaio possui um mister pretensioso. Almeja-se tecer considerações – tematicamente limitadas, importante adiantar – acerca das repercussões que a Constituição Federal teve no Direito Administrativo nesses quinze anos de vigência.

Pela amplitude do tema, roga-se, de início, que se leia o presente trabalho como uma espécie de anseio para que o Direito Administrativo seja

---

[1] Tais considerações são de lavra do Prof. Almiro do Couto e Silva, no prefácio da ótima obra de GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 7.

[2] Em relação às normas de uma Constituição, Konrad Hesse ensina que "*abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais , cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido. A 'constitucionalização' de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição*" (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 20-21).

[3] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20.

[4] Sobre o princípio da efetividade da Constituição, vide, por todos, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 235 e seg.

cada vez mais visto através das lentes hermenêuticas da Constituição Federal[5], sem que essa seja sobrepujada por ordens de serviço, portarias, instruções normativas e outros tantos instrumentos que, mal manejados, provocam uma verdadeira inversão da pirâmide normativa.

Diante da referida extensão do assunto, impõe-se uma necessária delimitação temática. Tratar-se-á, pois, basicamente de dois temas, aqui reputados as mais importantes repercussões da Constituição Federal – e da nova mentalidade jurídica que dela surgiu – no Direito Administrativo.

Em primeiro lugar, será abordada a questão do controle judicial da atividade de administração pública, sobre a qual, apesar de ser tema que se encontra em destacada posição na doutrina, pretende-se fazer uma leitura a partir das já referidas lentes hermenêuticas da Constituição.

Num segundo momento, será tratada a repercussão do rol de Direitos e Garantias Fundamentais na esfera jurídica dos administrados, sobretudo quanto aos princípios da transparência e da participação, verdadeiros instrumentos de chamamento dos cidadãos a todo o processo decisório da Administração Pública.

Com tais assuntos, considerados em linhas gerais, pretende-se refutar a passagem exarada Otto Mayer, no sentido de que "*o Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo permanece (Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrechet besteht)*"[6]. Tal separação não se sustenta, sendo absolutamente superficial. Há de se interpretar o Direito Administrativo de modo que a Constituição penetre em todos os seus institutos.

Ou seja, o presente ensaio tem como idéia sobrejacente a necessária simbiose havida entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, no sentido de que ambos se "*imbricam e se completam na prestação efetiva do Estado de Direito*"[7].

---

[5] "*A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendido sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de sues institutos sob uma ótica constitucional*" (BARROSO, Luís Roberto. Fundamento teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro, *in* **RDA n° 225**, p. 34).

[6] MAYER, Otto. **Deustches Verwaltungsrecht**, 3ª ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1994, prólogo. Cumpre salientar a frase ora criticada, isoladamente, como aliás considerada no presente ensaio, refoge das idéias do próprio autor, uma vez que é nítida, na obra de Otto Mayer, a preocupação de se cotejar o Direito Administrativo e o Direito Constitucional.

[7] TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. **RDA 232**, p. 58.

I. DO CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Tratando da discricionariedade e da vinculação da atividade administrativa, assuntos estes diretamente relacionados com o controle judicial da função estatal de administração pública, Celso Antônio Bandeira de Mello asseverou que sobre tal assunto "*já se verteram rios de tinta*" [8]. Todavia, nas palavras deste mesmo autor, *"em despeito do muito que já se escreveu sobre o assunto, ainda há muito espaço para que muito mais se escreva, pois há tópicos importantes que precisam ser visitados ou revisitados*"[9].

Por certo, os limites do presente trabalho não permitem que se preencha a todos os espaços lacunosos sobre a questão do controle judicial da Administração Pública.

O que se deseja, como referido nas notas introdutórias, é dispensar ao tema uma compreensão que tenha como perspectiva a esfera de direitos do administrado, isto é, do cidadão.

Não se pode negar que o controle judicial da atividade administrativa consiste em um importante instrumento de controle horizontal, assim considerado um mecanismo recíproco de controle entre os poderes do Estado[10]. Ou seja, afigura-se inegável que o controle jurisdicional da Administração Pública dá concreção ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que, por seu turno, dá sustentáculo à tripartição funcional de poderes, nos moldes do que é estabelecido nos Artigos 2° e 60, § 4°, III, ambos da Constituição Federal.

No entanto, o controle judicial da Administração Pública não pode ser considerado um mero instrumento do sistema de equilíbrio funcional de poderes. Tal perspectiva não se coaduna com a constituição ora homenageada, que teve uma flagrante intenção de prestigiar o cidadão, na medida em que lhe conferiu um extenso e significativo conjunto de Direito Fundamentais.

A propósito disso, a simples análise da topografia do texto da Constituição Federal, onde se pode encontrar o catálogo de Direito Fundamentais antes mesmo da organização do Estado, induz à conclusão de que a atual ordem jurídica constitucional exige que se interprete a atuação estatal à luz dos Direito Fundamentais e não o contrário. Ou seja, o Estado Social e Democrático de Direito deve verter sua atividade com base nos limites advindos dos Direitos e Garantias Fundamentais, não bastando, pois, que os Direitos Fundamentais sejam tratados como meros adereços contidos no texto da Carta Política.

---

[8] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 09.

[9] *Idem*, p. 10.

[10] LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 25.

Por tal razão, é plenamente possível afirmar-se que "*os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna*"[11].

Propõe-se, assim, que se analise o controle jurisdicional da Administração Pública a partir do princípio constitucional que, a um só tempo, prevê o mister institucional do Poder Judiciário e lhe confere limites.

Trata-se do princípio da inafastabilidade do controle judicial, insculpido no Artigo 5°, XXXV, da Constituição Federal, pelo qual "*a lei não excluirá da apreciação Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". Tal princípio constitucional, considerado desde há muito por José Afonso da Silva como a principal garantia dos direitos subjetivos[12], deve ser utilizado como vetor interpretativo do controle judicial da função estatal administrativa.

Diante de tal preceito, tem-se que a atuação do Poder Judiciário estará constitucionalmente habilitada e plenamente permitida sempre que se configurar lesão ou ameaça a direitos, mesmo que ocasionada pela atividade administrativa do Estado.

Pode ser afirmado, nesse sentido, que os destinatários da função administrativa possuem uma espécie de direito público subjetivo à atuação da Administração Pública que observe os ditames da lei e do Direito. Há, nesse sentido, algumas regras que prevêem o referido direito público subjetivo como, *v.g.*, preceituado no Artigo 4°, *caput*, da Lei de Licitação[13], além do Artigo 2°, § único da Lei n° 9.784/99.[14]

Esse direito subjetivo público à legalidade *lato sensu*, enquanto postulado que transcende aos interesses ou direitos individuais dos administrados, corresponde a um dever de "*legalidade objetiva*" ou de "*validade*" a que está submetido o Estado, ou seja, "*à necessidade da existência e da observância de um quadro normativo da acção administrativa por simples razão de interesse público, independentemente, portanto, de saber se as actuações administrativas poderão lesar direitos ou interesses legítimos*"[15].

---

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 72.

[12] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 9ª ed. São Paulo: Malheiro, 1994, p. 376.

[13] " *Todos quantos participem da licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1° têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei,...*".

[14] "*Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: ... I – atuação conforme a lei e o Direito*".

[15] SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 293. Também nesse sentido ALMEIDA, Mário Aroso. **Anulação de actos administrativos e relações jurídicas**

Não se pode negar, pois, a existência de tal "*direito subjetivo à legalidade objetiva*", sob pena de se considerar que a inserção da legalidade administrativa no texto constitucional fora em vão. Injustificável, pois, qualquer interpretação que, direita ou indiretamente, afaste do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direitos, mesmo no caso dos atos políticos, dos atos *interna corporis*, do mérito administrativo, etc.

A tal direito subjetivo corresponde, como já referido, um dever de juridicidade obrigatório à Administração Pública, no sentido de que a mesma fica adstrita a uma atuação não somente obediente das regras jurídicas aplicáveis, mas também de toda a principiologia norteadora do Direito Administrativo.

Com isso, há de se considerar que sempre que a atividade administrativa do Estado desgarrar-se das regras e princípios norteadores do Direito Administrativo, tal atividade – inválida, por óbvio – estará infringindo a um direito público subjetivo de um administrado ou de um grupo de administrados e, em última análise, de todo o corpo social sobre o qual a atividade estatal incide.

Aqui, aliás, uma consideração se faz necessária quanto à diferença entre a vinculação e a discricionariedade administrativas, as quais nada mais representam do que modos diversos de concreção do princípio da legalidade. Explicando-se tal afirmação, há de ser pressuposto que a atuação da Administração Pública é adstrita à prévia definição legal. Ou, como se extrai de passagem já celebrizada, "*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*". Tal frase, merecedora de elogios por trazer consigo perfeita síntese, costuma ser atribuída a Hely Lopes Meirelles[16]. Em verdade, seu conteúdo remonta ao início do século XX, em obra de João Barbalho Uchoa Cavalcanti, acerca da Constituição Federal de 1891[17].

A legalidade da Administração Pública nada mais seria, conforme ensina Diogo Freitas do Amaral[18], do que o princípio da competência, pelo qual somente seria permitido fazer o admitido em regras de atribuição. Tal princípio da competência é traduzido na expressão latina "*quae non sunt permissa*

---

emergentes. Coimbra: Almedina, 2002, p. 160-161.

[16] MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82.

[17] "*De modo que, ao individuo é reconhecido o direito de fazer tudo quanto a lei não tem prohibido, e não póde elle ser obrigado sinão ao que elle lhe impõe. ... Com a autoridade, porém com os funcionários públicos, dá-se justamente o contrario, - só podem fazer, nessa qualidade, o que a lei autoriza, como n'outra parte já expozemos. Suas attribuições são somente as que se acham definidas nas leis e nos regulamentos que com ellas se conformam.*" (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileiro, 1891: comentada**. Brasília: Ed. Senado Federal, 2002, p. 302.

[18] AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo, Vol. II**, reimp. Coimbra: Almedina, 2002, p. 43.

prohibita intelliguntur"[19], ao contrário do princípio da liberdade, típico do Direito Privado, onde "*permissum videtur in omne quod non prohibitum*"[20].

Assim, é possível vislumbrar um duplo papel ao princípio da legalidade da Administração Pública. De um lado, a legalidade faz-se limite à atividade administrativa, tal como ocorre com as relações jurídicas privadas. De outro, e esta é a peculiaridade do Direito Público, sobretudo do Direito Administrativo, a legalidade administrativa impõe ser a lei a própria fonte de atuação da Administração Pública, isto é, o seu próprio fundamento[21].

A lei, ao estabelecer a atuação do administrador, poderá fazê-lo a partir de duas formas, ou seja, a partir de duas estruturas diversas de regras: a estrutura vinculada e a estrutura discricionária. Na primeira, tem-se que a lei contém uma previsão de hipótese cuja concretização enseja uma única forma de agir por parte do administrador. Assim, na regra vinculada, em princípio, a atividade do administrador será somente subsuntiva, no sentido de que terá tão-só de analisar se os elementos da hipótese prevista foram concretizados.

Já a discricionariedade, tal como tradicionalmente considerada, consiste em uma estrutura de regra onde se prevê uma hipótese cuja concretização propiciará a opção por uma forma de atuação, dentre várias opções juridicamente admitidas. Diante disso, tem-se que a escolha de uma delas – que deverá será necessariamente a mais conveniente e oportuna – não significará a invalidade das demais[22].

Tanto na vinculação, como na discricionariedade, o controle judicial da Administração Pública deve ser vislumbrado a partir do Artigo 5°, XXXV, da CF/88.

Assim, se o administrado estiver diante de uma regra vinculada, em que se preveja a prática de um ato da administração que produza, em seu favor, efeitos benéficos, a invalidade de tal ato administrativo, afrontará duplamente a direitos subjetivos do referido cidadão. Isto porque, de um lado, terá sido desrespeitado o direito à obtenção dos efeitos benéficos que lhe são

---

[19] "*O que não for permitido considera-se que é proibido*".

[20] "*Considera-se permitido tudo o que não estiver proibido*".

[21] "*... na concepção mais recente, a lei não é apenas um limite à actuação da Administração: é também o fundamento da acção administrativa.. Quer isto dizer que, hoje em dia, não há um poder livre de a Administração fazer o que bem entender, salvo quando a lei lho proibir; pelo contrário, vigora a regra de que a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça*" (Diogo Freitas do Amaral, *op. cit.*, p. 43). Vide, ainda no sentido de que a lei é o próprio fundamento de atuação da Administração Pública, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo,** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 62.

[22] No Direito Pátrio, ao que parece, três são as obras paradigmáticas sobre o assunto. Além do já citado Celso Antônio Bandeira de Mello, recomendam-se as obras de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; e DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. No que toca a livros estrangeiros, a vasta bibliografia existente vai, nesse momento, individualizada na obra de BACIGAULO, Mariano. **La discrionalidad administrativa.** Madrid: Marcial Pons, 1997.

outorgados pelo Ordenamento Jurídico e, de outro, estará sendo violado o direito subjetivo que o mesmo possui a uma atividade administrativa não-viciada.

No que tange aos atos discricionários, se a providência adotada pela Administração Pública dentre as várias que são postas a sua disposição pela lei, for praticada de forma válida, não estará sendo violado, em princípio, qualquer direito subjetivo do administrado, porquanto inexiste a garantia de que a opção administrativa que será tomada seja aquela que melhor atenda aos anseios pessoais do administrado. Nesse sentido, costuma-se afirmar que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se no controle do mérito administrativo. Isto é, não tem o Poder Judiciário legitimação constitucional para dizer que a melhor solução válida seria a opção "x" ou a opção "y".

Todavia, se houver, na atuação administrativa discricionária, o cometimento de uma invalidade decorrente de uma praxe imoral, irrazoável, desproporcional, pessoalizada ou simplesmente ilegal, numa acepção estrita, não pode haver dúvidas quanto à possibilidade de o Poder Judiciário ter legitimação para a invalidação de tal comportamento patológico.

Tal possibilidade de controle de validade da atuação administrativa discricionária, não pode ser considerada uma intromissão do Poder Judiciário no "*mérito administrativo*", como alguns erroneamente cogitam. Trata-se sim, de um controle plenamente justificado na infração ao direito subjetivo que o destinatário da regra discricionária possui à validade da atuação administrativa. Ou seja, o fundamento da possibilidade de o Poder Judiciário invalidar atos administrativos discricionários inválidos – e tal possibilidade é indubitável – está também no Artigo 5°, XXXV, da CF/88.

Isso porque se a regra, a partir de uma hipótese subsumida no caso concreto, estipular as soluções "x" ou "y", o destinatário a tal regra, não terá direito subjetivo a uma das soluções previstas, desde que haja uma opção válida. Todavia, se a opção do administrador for inválida, estará configurada uma lesão ao direito subjetivo que todo o administrado possui a uma atuação administrativa compatível com a lei e com o Direito. Incidirá, portanto, a regra que habilita o Poder Judiciário a reparar lesão ou ameaça a direitos, mesmo estas sejam cometidas pelo Poder Público quando da concretização de uma regra discricionária.

De um lado, tem-se, portanto, que desde há muito não pode a discricionariedade ser interpretada como um "*círculo de imunidade do poder estatal*"[23], daí resultando a diferença entre discricionariedade e arbitrariedade, tão enfatizada pela doutrina brasileira[24].

---

[23] Quanto à necessidade de se coibir a existência de atividades públicas imunes a quaisquer mecanismos efetivos de controle vide, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder** 3ª ed. Madrid: Civitas, 1995, especialmente páginas 24-49.

[24] Hely Lopes Meirelles, *op. cit*, p. 120.

De outro lado, não mais se pode admitir a postura, infelizmente ainda existente em alguns setores mais conservadores do Poder Judiciário, de se negar a tutela jurisdicional insculpida no Artigo 5°, XXXV, da CF/88, sob o argumento de que se trataria de "*mérito administrativo*". É certo que, uma vez válida a atuação discricionária, não poderá o Poder Judiciário imiscuir-se na condição de administrador, para adentrar em temática de alçada exclusiva da Administração Pública.

Todavia, quando o Juiz deixa de apreciar especialmente os princípios e postulados que conferem um conteúdo material à atividade administrativa, como por exemplo a moralidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a imparcialidade e a juridicidade, sob o argumento de que tais temas consistiriam em "*mérito administrativo*", então estará tal julgador simplesmente declinando de seu tão importante mister institucional, previsto justamente no Artigo 5°, XXXV, da CF/88.

Daí a importância de os operadores do Direito manejarem os princípios norteadores do Direito Administrativo para que, a partir de uma leitura equivocada e hipertrofiada do que seja "*mérito administrativo*", não se valham da vetusta fórmula romana do *non liquet*, utilizada quando os julgadores simplesmente não desejavam apreciar a causa.

Não se pode olvidar pois, que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário "*surgiu, em última análise, do desejo de defender o indivíduo contra o Estado*"[25]. Que assim o seja, portanto.

II. DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Pretendeu-se, na primeira parte do presente ensaio, analisar o controle jurisdicional da Administração Pública a partir de uma perspectiva que levasse em conta uma leitura constitucional do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no Artigo 5°, XXXV, da Carta Política.

Nesta segunda parte, o desiderato é a demonstração de que uma importante conseqüência da Constituição de 1988 foi justamente o reconhecimento e a consolidação do sobreprincípio da transparência da Administração Pública[26] também como um direito fundamental.

O texto constitucional não refere explicitamente a transparência como princípio constitucional, o que aliás não lhe retira o *status* aqui pugnado. Como já corretamente sustentado por Jesús Gonzáles Péres, "*os princípios gerais do*

---

[25] TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 33.

[26] Para um aprofundamento do princípio da transparência, vide ensaio de TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do Direito Administrativo. **RDA 230**, pp. 251-279.

Direito, por sua própria natureza, existem com independência de sua consagração em uma norma jurídica positiva"[27].

Trata-se de um dos tantos casos contidos no Direito Constitucional em que um plexo de dispositivos consagradores de direitos fundamentais, embora dotados de seus respectivos conteúdos individuais, em seu conjunto constituem um princípio constitucional.

Parte-se, pois, da ausência de correspondência biunívoca entre dispositivos e normas, uma vez que aqueles correspondem tão-somente ao texto da regra jurídica, enquanto que as normas correspondem aos "*sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; as normas, no seu resultado*"[28].

Diante disso, tem-se que uma norma jurídica – no caso, o sobreprincípio da transparência – pode ser resultado de um conjunto de dispositivos diferentes, os quais são singelamente depreendidos do texto constitucional.

Por mais ampla que tal forma possa parecer, a transparência administrativa tem seu germe no próprio conceito jurídico do princípio do Estado de Direito, o qual, em nossa Carta Política, vem adjetivado como "*Democrático*", no Artigo 1°, da CF/88. Além disso, considerando que a transparência tem como consectário a participação dos administrados nas tomadas de decisão, há de se mencionar a cláusula contida no parágrafo único também do Artigo 1°, da CF/88, pela qual "*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos desta Constituição*".

A transparência administrativa, ademais, tem como um de seus mais importantes consectários, o princípio da publicidade da Administração Pública, garantida no Artigo 37, *caput*[29], da CF, além de reforçada nos dispositivos contidos no Artigo 5°, XXXIII[30] e XXXIV, "*b*"[31], com os limites decorrentes da

---

[27] PÉRES, Jesús Gonzáles. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**, 3ª ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 22.

[28] A citação referida, bem como a idéia de ausência de correspondência biunívoca entre texto e norma, além de uma inigualável definição dos princípios jurídicos, podem ser encontrados na imprescindível obra de ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

[29] "*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência...*".

[30] "*todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*".

[31] "*são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: ... a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal*".

defesa da intimidade e do interesse social, tal como estabelecido no Artigo LX[32].

Há outrossim, um núcleo processual no princípio da transparência, o qual parte do direito constitucional de petição, previsto no Artigo XXXIV, "*a*"[33], passando pelas garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, previstos no Artigo 5°, LIV[34] e LV[35], chegando aos deveres de regular tramitação processual e de decisão administrativa em tempo razoável. Tais deveres, cumpre salientar, são fundamentados, mediatamente, no princípio da eficiência e, imediato, na Lei n° 9.784/99, que regula o processo administrativo em âmbito federal, sobretudo nos seus Artigos 48 e 49.

Ainda a contribuir para a formação do conteúdo jurídico do princípio da transparência, tem-se o princípio da motivação, pelo qual se impõe que, ordinariamente, deva a atividade estatal de administração pública vir acompanhada dos fundamentos que ensejaram a sua prática, não bastando, pois, que se divulgue somente o ato administrativo propriamente dito, mas as razões que determinaram sua prática[36] [37].

Por fim, a moralidade administrativa, também prevista no Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como no Artigo 37, § 4°, destinada à proteção da probidade administrativa, auxilia na formação do conteúdo jurídico da transparência administrativa.

Assim, é possível concluir-se que o princípio (ou sobreprincípio) da transparência da Administração Pública resulta da conjugação, dentre outras, das seguintes normas constitucionais: **a)** princípio democrático, **b)** princípio da publicidade, **c)** direito de petição e princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e da eficiência[38] **d)** princípio da motivação e, por fim, **e)** princípio da moralidade administrativa.

---

[32] "*a lei só poderá restringir a publicidade de atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*".

[33] "*são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: ... o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*".

[34] "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*".

[35] "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*."

[36] Sobre as funções do princípio da motivação, vide VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos.** Coimbra: Almedina, 1992.

[37] Não se pode olvidar que o próprio princípio da motivação, aqui utilizado como um dos pilares teóricos do princípio da transparência, não possui expresso reconhecimento constitucional. Todavia, que parecer que a doutrina converge no sentido de que se trata de princípio de *status* constitucional, embora divirja quanto ao real fundamento de tal posição no ordenamento jurídico. Por todos, vide BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.

[38] Tais princípios, em seu conjunto, dão feição ao núcleo de processualidade do Direito

Por certo, cada uma destes princípios que, em conjunto, formam o princípio da transparência, mereceriam um tratamento específico e aprofundado, o que acaba por desbordar dos limites do presente ensaio.

Entretanto, um aspecto, apropriadamente referido por Maren Guimarães Taborda como sendo o mais importante, há de ser aqui enfatizado. Trata-se do "*diálogo que a Administração estabelece com o cidadão, que se expressa em uma verdadeira participação do particular nas decisões administrativas. Neste caso, a transparência é um dever da Administração e um direito fundamental do cidadão (de terceira geração)*" [39].

Com isso, substitui-se uma vetusta característica da atuação administrativa, até então tida por absoluta, qual seja a imperatividade – pela qual o administrado corresponderia tão-somente ao um mero destinatário da função de administração pública, unilateral e cogente – por uma atuação em que o administrado além de ser o destinatário da função estatal administrativa, coloca-se em importante papel na construção da decisão a ser tomada, participando efetivamente de tal tomada de decisão.

O princípio da transparência enseja, portanto, a assim denominada "*consensualidade administrativa*", a qual se "*desenvolve no crédito da perfectibilidade da natureza humana e na confiança de que o diálogo, a negociação e a concertação entre os homens têm superiores condições de conduzir a sociedade a comportamentos éticos elevados e fecundos*"[40].

Correta, neste sentido, a conclusão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, de que o Direito Administrativo demora a absorver em seu favor os efeitos da revolução liberal que culminou na formação do Estado de Direito contemporâneo, sendo que tal absorção encontra-se em curso, longe de ter findado sua marcha histórica.

Apropriada, outrossim, a passagem do insigne professor no sentido de que há muito pouco tempo o Direito Administrativo vem "*apresentando aberturas e mudanças de rumo que, pouco a pouco, reabilitam a pessoa enquanto administrado, em sintonia e pé de igualdade com o status já conquistado enquanto eleitor e jurisdicionado*"[41].

Tal passagem deixa transparecer uma realidade notável. De um lado, o princípio do contraditório[42] evolui numa constante que tende à plena garantia da participação do jurisdicionado na formação da tutela jurisdicional

---

Adminsitrativo,

[39] *Op. cit*. p. 258.

[40] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2001, p. 2.

[41] *Idem*, p. 11.

[42] ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. *In*: **Garantias constitucionais do processo civil** (coord. José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: RT, 1999, p. 132-150.

pretendida[43], assim como o eleitor merece do ordenamento jurídico, além do sufrágio propriamente dito, uma série de outros instrumentos de participação, como é o caso da iniciativa popular de projetos de lei[44]. De outro lado, a atuação do administrado na formação das decisões estatais de administração pública que lhe alcançam, senão inexistente, revela-se deveras tímida para aquilo que se pretenda ser um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, o que se pretende aqui asseverar é que as referidas lentes interpretativas da Constituição Federal, antes referidas, devem induzir a resultados hermenêuticos que imponham a participação do administrado até mesmo como forma de legitimação da própria atividade estatal[45].

Esta é, ao que parece, uma outra grande e virtuosa conseqüência de todo o labor hermenêutico que há mais de quinze anos toda uma geração de operadores – práticos ou teóricos – do Direito vem se incumbindo de nos legar.

CONCLUSÃO

As considerações até aqui lançadas, como já referido nas notas introdutórias, não têm a pretensão de um tratamento total e completo de como a Constituição Federal de 1988 repercutiu no Direito Administrativo. Tal incumbência exorbita a capacidade individual dos homens, sendo uma percepção que somente a história poderá testemunhar.

O que se pretendeu, ao se tratar de dois dos tantos temas de Direito Administrativo, foi unicamente expor um anseio de que tal área da Ciência Jurídica seja cada vez mais vislumbrada através de perspectiva ensejada pelas lentes interpretativas de nossa Carta Política bem batizada de cidadã.

Deve-se sempre recordar, a partir das sempre bem empregadas palavras de Caio Tácito, que "*assim como o direito administrativo encontra suas bases no antiplano das Constituições, estas se tornarão inoperantes, como meras Cartas de princípios, sem o socorro do direito administrativo, que fará do sonho a realidade, da norma programática a efetividade da prestação administrativa, como duas faces que se completam na concretização dos ideais de justiça e igualdade social*[46]".

---

[43] MAFFINI, Rafael Da Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o Direito e o processo. **AJURIS 76**, p. 263-288.

[44] Artigo 61, § 2°, da CF/88.

[45] Por certo, há de se ponderar tal forma de atuação participativa, através de postulados como o da razoabilidade e proporcionalidade, com o princípio da eficiência, para que, ao cabo, não se torne contraproducente o agir da Administração Pública.

[46] RDA 232, p. 58.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Mário Aroso. **Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes**. Coimbra: Almedina, 2002.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. *In*: **Garantias constitucionais do processo civil** (coord. José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: RT, 1999.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo, Vol. II**, reimp. Coimbra: Almedina, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003

BACIGAULO, Mariano. **La discrionalidad administrativa.** Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Fundamento teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro, *in* **RDA n° 225**.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileiro, 1891: comentada**. Brasília: Ed. Senado Federal, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder** 3ª ed. Madrid: Civitas, 1995.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2002

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991

LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o Direito e o processo. **AJURIS 76.**

MAYER, Otto. **Deustches Verwaltungsrecht**, 3ª ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1924.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo,** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Legitimidade e discricionariedade**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**, 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2001.

PÉRES, Jesús Gonzáles. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**, 3ª ed. Madrid: Civitas, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 9ª ed. São Paulo: Malheiro, 1994

STASSINPOULOS, Michel. **Traité des Actes Administratifs**, Atenas: Sirey, 1954.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do Direito Administrativo. **RDA 230**.

TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. **RDA 232**

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos.** Coimbra: Almedina, 1992.

R-RE Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado
Direito do Estado.com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MAFFINI, Rafael Da Cás. O Direito Administrativo nos Quinze Anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 5, março/abril/maio, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível