
O DIREITO ADMINISTRATIVO NO SÉCULO XXI, O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO E A LUTA CONTRA A MÁ ADMINISTRAÇÃO

ADMINISTRATIVE LAW IN THE XX CENTURY, RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION AND FIGHT AGAINST MALADMINISTRATION

Juli Ponce Solé

Doutor em Direito e professor catedrático de Direito Administrativo, Facultat de Dret, Universitat de Barcelona. Diretor do Institut de Recerca TransJus (2016-2019) e vice-decano de Relações Internacionais (2008-2012) pela mesma instituição. Membro do European Group of Public Law.

SUMÁRIO: Introdução: bom governo e boa administração na História, Arte, Filosofia... e no Direito Público com seus paradigmas existentes; 1 Direito Administrativo, má administração e corrupção; 2 Por um novo paradigma. 3 Concretude do bom governo e da boa administração; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Este estudo analisa os paradigmas que marcam o conceito de discricionariedade na Espanha desde a segunda metade do século XX, passando a mostrar suas limitações em relação à má administração e corrupção para propor um novo paradigma. O trabalho mostra as diferenças entre o bom governo e a boa administração, já configurada esta como um direito materializado, com obrigações correlativas estabelecidas por regras e jurisprudência. Por fim, o estudo se debruça brevemente sobre os diferentes mecanismos legais que estão sendo usados em nível internacional para promover o direito à boa administração e especificar suas obrigações legais correlacionadas.

PALAVRAS-CHAVE: Bom Governo. Direito à Boa Administração. Má Administração. Corrupção. Ética.

ABSTRACT: The study deals with paradigms which have built the concept of discretionary powers during the 20th century and shows its limitations in relation to maladministration and corruption. It promotes also a new understanding of the administrative law in relation to the discretion of public powers. In addition, the work highlights the differences between good government and good administration which is considered a right by legal rules and case law. Finally, the study analyzes briefly the legal mechanisms used in the international level to promote the right to good administration.

KEYWORDS: Good Government. Right to a Good Administration. Maladministration. Corruption. Ethics.

INTRODUÇÃO: BOM GOVERNO E BOA ADMINISTRAÇÃO NA HISTÓRIA, ARTE, FILOSOFIA... E NO DIREITO PÚBLICO COM SEUS PARADIGMAS EXISTENTES

A existência de um bom governo e uma boa administração se configura enquanto preocupação humana que tem suas raízes na noite dos tempos, possivelmente desde que existam comunidades onde alguém (um chefe de uma tribo ou um pequeno rei) exerce um poder, ou seja, lugar que exista uma autoridade pública (BONINA; DIANA, 2012). Essa preocupação milenar, por estar enraizada na vida humana, transcende o Direito e a Ciência Política e tem sido objeto de atenção tanto na Filosofia quanto nas Artes.

Na tradição filosófica, a ideia de que os governantes estavam sujeitos a um “dever de bom governo” já é encontrada em vários autores clássicos (Sólon, com seu poema “Eunomia”, Platão, Sócrates, Aristóteles ou Cícero, por exemplo), que, com várias nuances, expressaram sua convicção de que os governantes deveriam buscar a felicidade de todos os seus governados, e não de poucos, ordenando para tal fim o que convinha (DE ASÍS ROIG, 1991, p. 269). Quanto à arte, os afrescos de Ambrogio Lorenzetti do século XIV sobre “il buon governo” no Palazzo Pubblico de Siena, Itália, nos mostram tal preocupação, assim como, por exemplo, mais recentemente, o mural de Diego Rivera, de 1924, sobre “Bom Governo”, Universidade de Chapingo, Cidade do México, confirma a atemporalidade dessa inquietude.

No que diz respeito aos pensadores que refletiram sobre a coisa pública, por influência do Iluminismo, Pufendorf apontou para a existência de deveres do soberano já no século XVIII, que consistiam em cumprir as máximas da Ciência do Governo (PUFENDORF, 1734, p. 415-418). Já Alexander Hamilton, em seu artigo 76 do volume O Federalista, um dos trabalhos mais relevantes no campo da análise do poder público, destacou que “la verdadera prueba de un buen gobierno es su aptitud y tendencia a producir una buena administración” (MADISON; HAMILTON; JAY, 2009). No entanto, todas essas abordagens ainda se exercitavam baseadas em princípios com alto grau de abstração, ao mesmo tempo que, apropriadamente, também se apoiavam no Direito Natural, porém sem base em normas legais. É somente no século XIX que vários autores passam a destacar que a Administração deve agir não apenas sem violar o sistema jurídico, mas também deve atuar de forma apropriada, isto é, de acordo com as “regras da boa administração”, às quais a Posada Herrera (1978, p. 52) se referia: “todo lo que tienda a destruir el principio de la sociedad y a detener la marcha de su progreso, será contrario a las reglas de buena administración”. Na doutrina francesa, nas palavras de Hauriou (1893, p. 83): *L’Administration ne doit pas se*

borner à être correcte et respectueuse de la légalité; elle doit s'efforcer d'être habile"; idéia que o jurista francês desenvolveria ao longo de várias obras, insistindo na concepção de "administration bonne", se bem que desde uma perspectiva da moralidade administrativa, estando, portanto, livre da existência de deveres ou obrigações legais autênticas (HAURIUO, 1929, p. 7). No entanto, é apenas no final do século XX, e princípios do século XXI, que as noções de bom governo e boa administração passam da metafísica à técnica jurídica concreta para usar a expressão gráfica de Garcia de Enterría (1962, p. 161) sobre o papel do direito público moderno como resultado dos trabalhos de doutrina, jurisprudência e inúmeras normas legais como veremos a seguir.

Nesse sentido, Cassese (2009, p. 1037) refere-se ao século XXI como o século da boa administração, que não era uma preocupação predominante no passado. O direito público que emergiu das revoluções liberais do século XIX, em especial o francês, contava com o princípio da legalidade e do direito como manifestação da vontade popular, princípio que, como apontou García de Enterría, foi inspirado na física newtoniana e na crença da existência de certas e imutáveis leis do universo (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2011, p. 22-23). É dessa tradução da física para o direito que o ideal da doutrina iusplucista se identifica com a existência de poderes regulados e a eliminação da discricionariedade, considerada pelo menos um "cavalo de Tróia" no Estado de direito, na expressão de Huber, citado por García de Enterría (1962, p. 167). Assim, o comportamento administrativo deve ser verdadeiro e previsível, consistindo na mera aplicação automática de regras preexistentes. Mas, dada a impossibilidade de eliminar o poder discricionário, a doutrina reconheceu, como mal inevitável, a discricionariedade e procedeu brilhantemente para limitá-la por meio de sua identificação e o possível controle judicial dos elementos regulados e da violação dos princípios gerais do Direito.

Na Espanha, por exemplo, tal tarefa se levou adiante magistralmente pelo professor García de Enterría, sobretudo, a partir de uma importante conferência na Faculdade de Direito, Universidad de Barcelona, em março de 1962. Tema que no mesmo ano se publicou na Revista de Administración Pública e, posteriormente, na sua versão em livro (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962), constituindo-se, dessa forma, obra de grande êxito e influência, que a doutrina em língua hispânica exaltou e reconheceu como uma das obras mais influentes da história do Direito Público (MUÑOZ MACHADO, 2009). Considera-se, desse modo, "un ensayo muy influyente", enquanto que Carreras (2013) refere-se à sua "célebre conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona", a qual ele frequentou e que eu enquanto autor do presente texto "comprendí muy pouco", mas

que comprendia estar “socavando las bases de la dictadura y sentando los principios de un Estado de Derecho”.

Assim, para utilizar a terminologia de Kuhn (1981), em relação à ciência, a luta contra imunidades de poder no século XX marca os paradigmas do direito administrativo espanhol, com grande influência na América Latina, e também os moldes do desenvolvimento de outros países europeus. Contudo, apesar dessa inegável qualidade e influência limitantes, tais avanços fizeram com que o direito administrativo atingisse seu ápice, mas, ao mesmo tempo, estabelecessem limitações ao próprio Direito; colocando-o ainda em uma camisa de força epistemológica e metodológica e, portanto, em nossa opinião, causando uma crise de identidade nas últimas décadas. Entendemos que tal condição será reforçada em novos paradigmas como demonstraremos. De fato, embora esses desdobramentos doutrinários estabelecessem brilhantemente uma ciência normal, na qual a doutrina espanhola se baseava, a educação universitária e o treinamento dos operadores do Direito, especialmente dos juízes encarregados de controlar a administração, produziu, simultaneamente, uma indiferença no Direito quanto às potestades discricionárias.¹

Portanto, ao comprovar-se juridicamente o respeito aos elementos regulados por lei e a não-violação – visão negativa, então – dos princípios gerais do Direito, logo, tornou-se necessária uma análise do núcleo da decisão discricionária baseada em critérios não legais (econômicos, artísticos etc.). Algo que o direito administrativo não tinha que lidar, uma vez que não era controlável judicialmente e uma possível intervenção judicial nesse núcleo implicaria uma violação do princípio da separação de poderes ou do chamado governo dos juízes. Contudo, ao nosso ver, existe nesses casos uma identificação entre o papel do direito administrativo e o controle judicial da administração com a qual não podemos concordar. O Direito Administrativo sói ser um pouco mais amplo e diferente do mero controle judicial das decisões administrativas, sem ignorar a importância de seu controle em um Estado de Direito (PONCE, 2014a). Como, por definição, os juízes não podem assumir o núcleo do exercício do poder discricionário, o Direito Administrativo e sua doutrina de especialistas em Direito Administrativo, voltada ao controle judicial da Administração, não se atentou ao desenvolvimento de mecanismos jurídicos não judiciais que buscassem melhorar o exercício do poder

1 Define-se, assim, a discricionariedade enquanto: “libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962, p. 174-179); na jurisprudência, sentença do Supremo Tribunal espanhol, 1 de junho de 1987, assinala-se que a discricionariedade é a: “potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o conveniencia, que la ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo”.

administrativo. Contudo, nas últimas décadas, as diferentes anomalias na ciência do Direito Administrativo, cada vez mais impotentes para influenciar o comportamento público e cada vez mais encurraladas em favor da reação criminal, devem nos fazer refletir sobre a crise de indiferença da Direito ante o poder discricionário e a necessidade de complementar os paradigmas existentes neste século XXI, mostrando o interesse que o próprio Direito deve ter nesse núcleo discricionário.

1 DIREITO ADMINISTRATIVO, MÁ ADMINISTRAÇÃO E CORRUPÇÃO

Como Klitgaard (1988) destaca, a corrupção depende do monopólio do uso do poder, somando-se à existência da discricionariedade, sem rendição de contas, por isso, um Direito Administrativo baseado em novos paradigmas deve abandonar a diferença quanto ao uso da discricionariedade e se interessar por promovê-la juntamente com participação e transparência além de orientar-se pelo exercício do poder discricionário como algo necessário em direção ao que se define por um bom governo e boa administração. Sendo C (corrupção) = M (monopólio) + D (discricionariedade) – A (accountability), então, reduzir o logro da corrupção quanto avançar no sentido do bom governo e da boa administração requer como alternativa a seguinte equação que propomos: D (reduzindo-a onde for possível, embora aceitando seu papel) + B (deveres e obrigações jurídicas de bom governo e boa administração) + T (transparência) + P (participação); por conseguinte, a transparência e a participação se tornam elementos importantes para prevenir a corrupção bem como lograr o bom governo e a boa administração enquanto objetivo último de todo poder em conformidade, inclusive, com uma sentença do Supremo Tribunal espanhol de 30 de abril de 2012 na qual se relaciona o acesso a arquivos e registros à boa administração. De acordo com o artigo 15 do Tratado de Funcionamento da União Europeia: “A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura”.

Definitivamente, consideramos que a vocação do Direito Administrativo do século XXI, dispondo do conhecido trabalho de Nieto (1975), deve ser prevenir as ilegalidades administrativas, controlá-las e contribuir para orientar a atividade pública em decisões mais adequadas possíveis a serviço do interesse geral. É preciso, para tanto, passar da mera luta contra as imunidades do poder a uma autêntica batalha por um bom governo e boa administração de modo a garantir o direito dos cidadãos e evitar o fracasso dos países (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, MUNGIU-PIPPIDI, 2015).

2 POR UM NOVO PARADIGMA

Como argumentamos, os paradigmas dominantes no Direito Administrativo clássico europeu reproduziram essa suposta diferença quanto ao núcleo do poder discricionário. Por tradição, se concentraram apenas na decisão final adotada, o ato administrativo, especialmente, e não no modo como se exercia a potestade discricionária administrativa, isto é, o procedimento administrativo conforme observado usualmente na doutrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1978, pp. 256-257). Desviou-se, assim, historicamente, do ideal do poder administrativo regulado e do julgamento como modelo de referência para o ato administrativo, sendo este debate traduzido em língua espanhola pela primeira vez em 1935 (MERKEL, 1980, p. 190), e exercendo, dessa forma, influência significativa na Espanha e resto do país. A Europa, como destaca Isaac (1968, p. 101), por conseguinte, tentou construir uma lei administrativa baseada na certeza, algo que nos remete novamente à imagem da física newtoniana inspiradora do Iluminismo e, por último, do direito administrativo que emergiu com ele. A decisão administrativa, como a sentença, portanto, deveria ser o resultado da aplicação automática da norma e a administração pública a boca que pronuncia as palavras da lei na expressão, encaminhada ao juiz, de Montesquieu (1906).² Por tais razões que defendemos fortemente um novo paradigma no Direito Administrativo do século XXI: o modelo da boa governança e da boa administração. A boa gestão pública é, e também deve ser, um tópico de reflexão seja para a doutrina administrativa, legislador ou mesmo controle judicial, como veremos. Além disso, não há diferença entre o bom direito público de gestão e a administração pública. Para tanto, em colaboração com outras ciências, é necessário modificar sua epistemologia e sua metodologia, sem perder seu rigor técnico-jurídico, e contribuir com ela a fim de prevenir a corrupção e promover as melhores políticas públicas possíveis.

Essa necessidade de um novo paradigma já foi identificada pela doutrina em nível internacional tanto pelo legislador quanto pela jurisprudência, que, lentamente, em diferentes países, parece avançar na construção e desenvolvimento de um modelo mais atualizado como indica a OCDE (2010) por meio do conceito de *new public management* sendo, agora, o momento da qualidade na gestão pública. Por outro lado, vários julgamentos da Suprema Corte espanhola aceitam essa abordagem, como o de 7 de outubro de 1999, perguntando-se sobre o exercício do poder discricionário: “en un Estado de derecho puede admitirse la existencia ‘a priori’ de algo ‘indiferente jurídicamente’”; ou a sentença de 26 de fevereiro

² Texto de 1747, edição em língua espanhola de 1906.

de 1990 indicando de que modo o Direito Administrativo “ya no aspira sólo a la defensa del ciudadano frente a las injerencias indebidas de los poderes públicos, sino a conseguir una Administración prestadora eficaz de servicios públicos”. A falsa indiferença do Direito ante o exercício do poder discricionário e a aspiração à boa governança e à boa administração tiveram sua articulação técnica nas últimas décadas com o surgimento de princípios legais da boa governança e do direito à boa administração, tendo estes estabelecido obrigações legais para o poder executivo conforme veremos adiante. Em essência, o direito a uma boa administração, implica a necessidade de análise e consideração diligente com a devida atenção aos fatos e interesses relevantes em decisões.

3 CONCRETUDE DO BOM GOVERNO E DA BOA ADMINISTRAÇÃO

A ideia do bom governo se refere à maneira pela qual uma parte do poder executivo, o governo, desempenha suas funções, enquanto a boa administração se refere à maneira pela qual o poder executivo realiza suas tarefas administrativas, sendo os conceitos de má administração (negligente) e corrupção (má administração dolosa) seus opostos. Nesse sentido, então, bom governo e boa administração são noções diferentes de boa governança, pois são mais restritas e concretas e não incluem atores privados. Distinguem-se pela função específica a que se referem, embora, às vezes, boa governança e bom governo são usados de forma intercambiável, dependendo do contexto e da língua como vemos, por exemplo, em *good governance* e *good government* (ADDINK, 2014, p. 23).

Na Constituição Espanhola de 1978 (CE), por exemplo, existem tanto princípios relacionados ao bom governo quanto à boa administração. No que diz respeito ao primeiro, a interdição da arbitrariedade, art. 9.3 CE, que exige racionalidade e justificativa nas decisões; depois, o princípio da não-discriminação, art. 14 CE; também a busca da igualdade material, 9.2 CE; o princípio da proporcionalidade e, portanto, da ação não-desproporcional que se deriva da jurisprudência do art. 1º em que estão presentes os conhecidos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu* ou o gasto público equitativo, eficiente e ao menor preço, art. 31.2 CE. Por outro lado, várias leis sobre o bom governo, começando pela Lei Espanhola 19/2013, além daquelas aprovadas pelas Comunidades Autônomas, bem como outros regulamentos (por exemplo, a Lei Espanhola 3/2015, de 30 de março, regulando o exercício do alto cargo da Administração Geral do Estado e seus equivalentes em cada região) estabelecendo deveres legais específicos de bom governo. Definitivamente, de todas essas leis, pode-se concluir que os governos, no desempenho de suas funções, têm,

portanto, obrigações legais de não violar princípios constitucionais de modo a cumprir deveres positivos – racionalidade, justificativa, igualdade (material), perseguição do interesse geral, geração de alternativas e seleção da menos restritiva aos direitos dos cidadãos, equilíbrio custo-benefício, eficiência, economia, equidade – que emanam da não-violação dos princípios legais, da perseguição do interesse geral com objetividade (permitindo controlar de partida qualquer desvio de poder ou ainda impedi-lo por meio do subprincípio de adequação do princípio da proporcionalidade, etc.), do cumprimento dos deveres positivos derivados (por exemplo, ação diligente, prevista na jurisprudência e na Lei Espanhola 19/2013 ademais da legislação das Comunidades Autônomas), do respeito aos elementos regulamentados e aos direitos fundamentais (conforme explicado no art. 2 da Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Existe ainda a possibilidade de desenhos institucionais e processuais para garantir o bom governo, como analisaremos mais adiante, pois isso, como vimos, não é indiferente ao Direito. Os membros do governo devem servir ao interesse geral (Lei Espanhola 19/2013, por exemplo) com objetividade (de acordo com a Lei Espanhola 3/2015, de 30 de março, que regulamenta o exercício da alta posição da Administração Geral do Estado, ressaltando-se, no preâmbulo e nos artigos 3 ou 11, conflitos de interesse e abstenção).

Quanto aos princípios da boa administração, estes não são desconhecidos no escopo do chamado Direito Administrativo Global,³ em conexão com o devido processo legal, nem nos Estados Unidos, nos quais, embora não seja comum nessa tradição legal referir-se a esse direito. A verdade é que a doutrina jurisprudencial de *hard look*, também conhecida como *reasoned decision making*, amplamente usada pela jurisprudência, mostra como no moderno Direito Público dos Estados Unidos “el énfasis en la revisión de la arbitrariedad se ha movido hacia el escrutinio de la calidad del razonamiento administrativo” (LEVIN; GELLHORN, 2007, p. 103) sendo exatamente o caso na esfera espanhola e em outros países.

Da mesma forma, como já apontado, o direito a uma boa administração pode ser encontrado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em vários estatutos autônomos espanhóis recentes – como o Estatuto Autônomo catalão de 2006, art. 30), na Lei Catalã 19/2014, sobre transparência, acesso à informação e boa governança, que, apesar de seu título, se refere à boa administração também no seu Título V ou na Lei galega 1/2015, de 1º de abril, garantindo a qualidade dos

3 Ter presente a Organização Mundial do Comércio e seu Apellate body, que resolveu o caso *Schrimp products* (produtos de camarões), em 1998, concluindo que os Estados Unidos não tinham proporcionado a nenhum dos Estados, cujas exportações de camarões estavam proibidas mediante regulações administrativas internas, garantias básicas de um procedimento administrativo, como a oportunidade de ser ouvido, ou alegar contra as supostas infrações cometidas (WTO, 2001).

serviços públicos e boa administração, para citar apenas duas das mais recentes. Ainda referindo-se à boa governança, há jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos,⁴ do Tribunal de Justiça da União Europeia (MANCILLA i MUNTADA, 2014)⁵ e do Supremo Tribunal espanhol, por exemplo, com uma sentença de 15 Outubro de 2010, referente à motivação e à boa administração, e outra de 20 de novembro de 2013, autêntico caso de liderança, exigindo a motivação de atos políticos ou governamentais de acordo com Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (2014), ou ainda uma decisão de 30 de janeiro de 2012, referindo-se à motivação e à boa administração.

Referências à boa administração também existem em outras Constituições, por exemplo, o art. 97 da carta italiana, sobre o buon andamento,⁶ e leis de vários países europeus.⁷ A relevância do direito a uma boa administração também não passou despercebida pela doutrina, legislação e jurisprudência ibero-americanas. Moscarrello (2013) ressalta sua importância para o caso argentino e Freitas (2014) para o brasileiro. O Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo promoveu o Código Ibero-americano de Bom Governo de 2006 como soft law e a Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos en relación con la Administración Pública de 2013 contém inúmeras citações quanto à boa administração. No campo legislativo, a República Dominicana, por exemplo, incluiu enquanto matéria o direito à boa administração na Lei 107-3. Por fim, a jurisprudência ibero-americana também fez alusões ao conceito, implicitamente, como no caso da Costa Rica;⁸ explicitamente,

4 Ver ainda as decisões *Cazja versus Polonia*, de 2 de octubre de 2012; *Rysovsky versus Ucrania*, de 20 de octubre de 2011; bem como *Öneriyildiz versus Turquía*, de 30 de noviembre de 2004.

5 Ver a sentença do Tribunal General da União Europeia de 29 de abril de 2015, T-217/11, *Quarta Sala, Claire Staelen versus Ombudsman da União Europeia*, com uma interessante descrição da obrigação jurídica da devida diligência que implica tal direito.

6 Dois exemplos se sobressaltam da abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional Italiano sobre este preceito: a) Sentenza N° 172, 2005: "... atteso che le esigenze di trasparenza e di credibilità della pubblica amministrazione sono direttamente correlate al principio costituzionale di buon andamento degli uffici"; b) Sentenza N. 262, 1997 "... che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico".

7 Ver Agência Sueca para a Gestão Pública (STATSKONTORET, 2005).

8 A Constituição da Costa Rica, ainda que não utilize a expressão boa administração, inclui em seus artigos 139.4 e 140.8 referências a "la buena marcha del gobierno" e "el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas". Destaca-se o trabalho da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justicia da Costa Rica, que empregou diversos princípios constitucionais sobre "la buena marcha del gobierno" e "el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas", para outorgar amparo em casos em que a saúde de um cidadão estava em risco por falta de atenção médica. Ver sentenças de 13 de julho de 2004, Res: 2004-07352 ou de 5 de agosto de 2005, Res: 2005-010292.

como no caso do Tribunal Constitucional Dominicano⁹ e Peruano¹⁰ ou no caso do Conselho de Estado da Colômbia.¹¹

4 CONCLUSÕES

Como vimos, o interesse sobre bom governo e boa administração passou da jurisprudência, onde nasceu originalmente, para as normas, tal como se verifica no exemplo do artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou na presença da matéria em sistemas legais latino-americanos cuja tendência deve se firmar nos próximos anos na região. No caso brasileiro, é importante consultar a monografia do professor Freitas (2014) sobre o direito à boa administração pública.

Acreditamos que, após uma primeira fase que já foi superada, em que os apelos à boa administração foram muito genéricos, há muito tempo estamos em uma nova fase muito mais pragmática e concreta, na qual doutrina, legislador e jurisprudência interagem e contribuem para articular técnicas concretas a fim de tornar a boa administração uma realidade e controlar a má administração. Portanto, é essencial conhecer e citar que a jurisprudência e as técnicas legais específicas utilizadas e evitar meras abordagens retóricas. Nesse sentido, o direito a uma boa administração não é algo vinculado a uma ética moral ou ética que esteja além do Direito. Faz parte dele, requer uma gestão da qualidade e se abre à possibilidade de reagir juridicamente contra a má administração seja esta de natureza culposa ou dolosa nos casos de corrupção. Por outro lado, o direito à boa administração não é apenas um guarda-chuva que se limita a abranger um conjunto de princípios e direitos relacionados a procedimentos administrativos justos ou adequados.

Entendemos que, no futuro, o conceito técnico e concreto de boa administração terá um impacto gradual em diferentes parcelas do Direito Administrativo do século XXI. Exemplo disso é o que já observamos no campo do desenvolvimento de atividades materiais ou técnicas em relação ao papel do Direito e à informalidade; ou ainda o relevante destaque para a motivação e o devido processo, ou mesmo na importância dos processos e na contestação independente deles, na presunção ou não de decisões administrativas acertadas, na adoção de medidas cautelares, na reavaliação dos vícios “formais” relacionados ao procedimento defeituoso, na necessária

9 Ver a sentença do Tribunal Constitucional 0032/14.

10 Ver a sentença sobre caso Grimaldo Chong, Expediente 2235-2004-AA, do Tribunal Constitucional del Perú.

11 Conselho do Estado, decisão da Sala Contencioso Administrativo, seção terceira, de 10 de novembro de 2005, conselheiro na sustentação oral Alier Eduardo Hernández Enríquez.

ponderação diligente da soft law e daquelas reclamações pertinentes à administração pública apresentadas por cidadãos cuja finalidade é o exercício do poder sancionador ou padrões legais a serem definidos na apreciação da responsabilidade patrimonial e administrativa.

Já se podem verificar algumas técnicas legais comuns para garantir boa governança e boa administração. Este não é o momento ou o lugar para analisar tais técnicas, devido à falta de espaço para fazê-lo, embora apontemos algumas delas como a precisão do conceito jurídico indeterminado de boa administração, com possível inspiração no progresso do direito privado em relação à boa governança corporativa, las Cartas de Servicio e as Citizen's Charters. Há ainda os códigos de conduta ou ética, a denominada infraestrutura ética de país para país pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), regulamentação de conflitos de interesse – abstenção, desqualificação, incompatibilidades, revolving doors ou pantouflage. Mencionamos também o devido procedimento administrativo e a motivação adequada, incluindo critérios não legais usados em decisões, ademais da regulamentação do papel dos lobbies ou lobistas e o que se costuma chamar de legislative foot-print, a figura do whistleblower, a responsabilidade patrimonial e a má administração, a melhor regulação sendo esta uma questão de grande peso – better ou smart regulation, na terminologia entre países, tão importante na economia de uma nação e, por exemplo, no âmbito dos países membros, ou aqueles que aspiram fazer parte, da OCDE – além de tantas outras técnicas.

No futuro, as linhas de pesquisa para a prevenção da corrupção e o fortalecimento do bom governo e boa administração devem, em nossa opinião, desenvolver melhores desenhos institucionais e processuais, como os já mencionados anteriormente, com o aprofundamento de tais trabalhos nesse campo baseados em novas contribuições que uma visão interdisciplinar pode gerar. Nesse sentido, o aperfeiçoamento jurídico quer nos regulamentos quer no controle judicial deve apoiar-se em contribuições provenientes da economia, ciência política, psicologia e outras ciências. Assim, parece inevitável a melhora nos instrumentos de medição não apenas da corrupção, mas do bom governo e boa administração com a criação de indicadores específicos.¹² Por outro lado, a neurociência e a psicologia, além da economia comportamental, estão oferecendo análises interessantes sobre vieses, heurísticas e reações cerebrais em determinadas situações (KAHNEMAN, 2012). Esse conhecimento acumulado fundamentado na capacidade de persuasão já se traduziu, por exemplo, em uma técnica de intervenção pública conhecida nudging ou “cutucada” (PONCE, 2014b).

¹² Quanto à qualidade regulatória, ainda que com um viés bem evidente em prol da menor intervenção pública possível, ver os índices criados pelo Banco Mundial (WORLD BANK, 1996-2018).

Ressalta-se ainda que pesquisas se encontram em andamento sobre a maneira como a persuasão no cérebro humano se dá manipulando o ambiente físico do nosso entorno. Tal conceito é denominado na literatura de *ambient accountability* (ZINNNBAUER, 2012).

Sem dúvida, uma visão de Direito moderno e aberto a novos paradigmas pode ser enriquecida sem perder sua personalidade e sua função. Por um lado, construída por todas essas contribuições favoráveis a um desenho institucional de incentivos e, por outro, geradora de desincentivos que impeçam a má administração e a corrupção a fim de promover a boa governança e a boa administração. Embora o poder discricionário não se confunde com a arbitrariedade, paradigma já firmemente estabelecido “discrecionalidad no es arbitrariedad” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1991, p. 105), a sentença do Supremo Tribunal de 29 de maio de 2006, apelo137/2005 reforça que “discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos antagónicos”. Contudo, resta dar um passo adiante e estabelecer a ideia extraindo-se as consequências práticas apropriadas a ela de que o poder discricionário deve dar lugar a uma boa administração juridicamente qualificada. Como já foi feito, a propósito, em países como França e Estados Unidos, e principia a jurisprudência espanhola, onde há décadas cortes supremas têm estabelecido padrões de controle que consideram arbitrário não apenas a não razoabilidade como a não motivação, mas também indiligência nas aquisições de fatos e de interesses relevantes (AUBY; PERRAUD, 2013, p. 22-29). Em relação à evolução gradual da jurisprudência de nosso próprio Supremo Tribunal espanhol, que, embora tímido e ainda longe dos exemplos fornecidos, já está caminhando para um padrão de controle mais exigente (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2015). Uma animadora agenda de pesquisa e melhoria prática de nossos sistemas jurídicos, com o intuito de aumentar a qualidade do comportamento do público, portanto, se desvenda diante de nossos olhos e de mãos dadas com o conceito jurídico de boa administração. Confiemos que, como juristas, estaremos à altura deste desafio que nosso século nos traz.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James Alan. *Why nations fail*. Nova Iorque: Crown Business, 2012.

AUBY, Jean-Bernard; PERRAUD, Thomas. (Eds.). *Regulatory Impact Assesment*. Sevilla: Global Law Press, 2013.

BONINA, Nicolás; DIANA, Nicolás. *La deconstrucción del Derecho administrativo*. Ciudad de México: Editorial Novum, 2012.

CASSESE, Sabino. Il diritto a la buona amministrazione. *European Review of Public Law*, Atenas, v. 21, n. 3, p. 1037-1048, 2009.

DE ASÍS ROIG, Rafael. *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Madrid: CEC, 1991.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. (1991). *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Pamplona: Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto. *Revista de Administración Pública*, Madrid, v. 1, n. 194, p. 209-225, maio/ago. 2014.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental a boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Algunas reflexiones sobre el derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo), *Revista de Administración Pública, Madrid*, v. 1, n. 85, p. 241-259, 1978.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, Madrid, v. 1, n. 38, p. 159-205, 1962.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Madrid: Thompson Reuters, Aranzadi-Civitas, 2011.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. 2. ed. Paris: L. Larose & Forcel, 1893.

HAURIOU, Maurice. Prólogo. In: FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, Recaredo. *El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del Derecho Español)*. Madrid: V. Suárez, 1929.

ISAAC, Guy. *La procédure administrative non contentieuse*. Paris: Librairie Generales de Droit et Jurisprudence, 1968.

KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: Editorial Debate, 2014.

KLITGAARD, Robert. *Controlling corruption*. Berkeley: University of California Press, 1988.

KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1981.

LEVIN, Ronald; GELLHORN, Ernest. *Administrative law and process in a nutshell*. St. Paul: Thompson West, 2007.

MANCILLA i MUNTADA, Francesc. *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració: la governança i el bon govern*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2014.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *El federalista. Recull de textos escrits a favor de la nova Constitució, segons l'ha acordada la Convenció federal el 17 de setembre de 1787*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2009.

MERKL, Adolf. *Tratado general de derecho administrativo*. Ciudad de Mexico: Editorial Nacional, 1980.

MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906.

MOSCARIELLO, Agustín. *El principio de la buena administración. El Derecho Serie Especial Administrativo*. Disponible em: <<http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/el-principio-de-la-buena-administracion/>>. Acceso em: 6 set. 2019.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *Corruption: good governance powers innovation*. Nature, Londres, v. 518, n. 7539, p. 295-297, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Libros esenciales para entender el derecho administrativo y el derecho público general. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 1, p. 1-7, 2009.

NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, v. 1, n. 76, p. 9-30, 1975.

OCDE. Public Administration after «*New Public Management*», 2010. Disponible em: <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/public-administration-after-new-public-management_9789264086449-en>. Acceso em: 6 set. 2019.

PONCE SOLÉ, Juli. Ciencias sociales, derecho administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Madrid, v. 1, n. 11, p. 23-42, jan./jun. 2014a.

_____. Nudging, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales. *Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, p. 191-216, fev. 2014b.

POSADA HERRERA, José. *Lecciones de administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1978.

PUFENDORF, Samuel. *Le droit de la nature et des gens*. Amsterdã: Chez Gerard Kuyper, 1706.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 1, p. 1-46, jan. 2015.

STATSKONTORET. Principles of Good Administration in the Member States of the European Union, 2005. Disponível em: <<http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2019.

WORLD BANK. *Worldwide Governance Indicators*, 1996-2018. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/>>. Acesso em: 8 set. 2019.

WTO. *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, 2001. Disponível em: <http://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

ZINNBAUER, Dieter. *'Ambient accountability'-fighting corruption when and where it happens*, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2168063>>. Acesso em: 07 set. 2019