

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público, UERJ- Master of Laws (LL.M.), Yale Law School (EUA). Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Getulio Vargas (FGVrRJ). Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.— EMERJ. Procurador do Estado, advogado e parecerista no Rio, de Janeiro.

UMA TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização

Editora Renovar
Rio de Janeiro • São Paulo • Recife 2006



<http://bdjur.stj.gov.br>

**Localização: 35(81)
B612t**

Código de barras: STJ00064681

Binenbojm, Gustavo
B242t Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais,
democracia e constitucionalização. — Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ISBN 85-7147-559-8

1. Direito administrativo — Brasil. I. Título.

CDD 346.810922



<http://bdjur.stj.gov.br>

**Localização: 35(81)
B612t**

Código de barras: STJ00064681

SUMÁRIO

PREFÁCIO (Luís Roberto Barroso)	XI
REGISTROS	XVII
APRESENTAÇÃO	1

PRIMEIRA PARTE: OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

CAPÍTULO I — A CRISE DOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	9
I.1. A outra história do direito administrativo: ao pecado autoritário original à constituição de uma dogmática á serviço dos donos do poder	9
I.2. A evolução contraditória do direito administrativo: a dogmática administrativista no divã	17
I.3. Delimitando o objeto da investigação: a crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro	23
I.3.1. A noção de paradigma adotada: um acordo semântico	26
I.3.2. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: a crise da idéia de regime jurídico administrativo	29
I.3.3. Da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa: a crise da lei administrativa	34
I.3.4. Da dicotomia ato vinculado versus ato discricionário à teoria dos graus de vinculação à juridicidade: a crise da discricionariedade administrativa	39
I.3.5. Do Executivo unitário à Administração Pública policêntrica: a crise da estrutura administrativa	47



SEGUNDA PARTE: PREMISSAS TEÓRICAS

CAPÍTULO II — DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA COMO FUNDAMENTOS ESTRUTURANTES DO ESTADODEMOCRÁTICO DE DIREITO. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	49
II.1. Direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito	49
II.2. A Constituição no centro do sistema jurídico: neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito	61
II.3. O papel decisivo dos marcos constitucionais dos direitos fundamentais e da democracia no delineamento dos novos paradigmas do direito administrativo: a constitucionalização do direito administrativo	69
II.3.1. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e a Administração Pública	71
II.3.2. A democracia e a Administração Pública	76

TERCEIRA PARTE: A MUDANÇA DE PARADIGMAS PROPOSTA

CAPÍTULO III — DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PROPORCIONALIDADE	81
III.1. A dicotomia interesse público versus interesses privados ao longo da história	81
III.2. O princípio da supremacia do interesse público, segundo a doutrina brasileira. Uso histórico do princípio como instrumento de exercício arbitrário da discricionariedade	87
III.3. A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público	94
III.4. A posição intermediária de Luís Roberto Barroso	101
III.5. A constitucionalização do Direito Administrativo e o dever de ponderação proporcional como fator de legitimação e princípio reitor da atividade administrativa. O Estado democrático de direito como Estado de ponderação	103
III.6. Ponderação constitucional, legislativa/administrativa e judicial	109
III.7. A proporcionalidade ¹ e as normas instituidoras de privilégios para a Administração	113



III.8. A proporcionalidade e as normas restritivas de direitos Individuais	117
--	-----

CAPÍTULO IV — A CRISE DA LEI: DA LEGALIDADE COMO VINCULAÇÃO POSITIVA À LEI AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA 125

IV.1. O desprestígio do legislador e a crise da lei formal: um fenômeno Universal	125
IV.2. Legalidade como vinculação negativa e como vinculação Positiva à lei. A legalidade e os demais princípios e regras constitucionais. A Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade. O conceito de juridicidade administrativa	137
IV.3. A pluralidade de fontes do direito administrativo contemporâneo: constituição, lei, regulamento presidencial e regulamento setorial. A sistemática constitucional brasileira após a Emenda Constitucional n° 32/2001	144
IV.3.1. A lei. Formas de manifestação da legalidade. Reservas de Lei	148
IV.3.2. Os regulamentos. Suas espécies e a sistemática introduzida pela Emenda Constitucional n° 32/2001	152
IV.4. A atividade administrativa contra legem: ponderações entre legalidade, moralidade, proteção da confiança legítima e da boa-fé e eficiência. Convalidação, invalidação prospectiva e invalidação retroativa à luz do princípio da juridicidade administrativa	173

CAPÍTULO V — DA DICOTOMIA ATO VINCULADO VERSUS ATO DISCRICIONÁRIO À TEORIA DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE 193

V.1. A discricionariedade administrativa como espaço de livre Decisão externo ao direito	193
V.2. A teoria dos elementos do ato administrativo: controle dos elementos vinculados do ato discricionário	198
V.3. A emergência da teoria dos princípios o estreitamento (parcial ou total) do âmbito de discricionariedade por incidência dos princípios da Administração Pública	205
V.4. Conceitos jurídicos indeterminados, espaços de apreciação administrativa e princípios constitucionais	211
V.5. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial: critérios para uma teoria jurídico-funcionalmente adequada	224



CAPÍTULO VI — DO EXECUTIVO UNITÁRIO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POLICÊNTRICA	239
VI. 1. A emergência das autoridades administrativas independentes: do Executivo unitário à Administração policêntrica	239
VI.2. As características gerais das agências independentes: as dimensões de sua autonomia reforçada	251
VI.3. Contextualizando as agências independentes nos Estados Unidos e no Brasil: mão e contramão	261
VI.4. As tensões entre a regulação independente e o Estado democrático de direito	269
VI.4.1. A sucessão democrática e as agências reguladoras – independentes: registros históricos da experiência brasileira	270
VI.4.2 Propostas de aprimoramento do arranjo institucional das agências reguladoras no Brasil	272
VI.4.2.1. um relação ao princípio da legalidade: rejeição à tese da deslegalização	272
VI.4.2.2. Em relação ao sistema de freios e contrapesos: controles ancilares do Executivo e do Legislativo	285
VI.4.2.3. Em relação ao dito déficit democrático: controle social e legitimação o elo pelo procedimento	289
VI.5. Agências independentes, direitos fundamentais e democracia	295
CAPÍTULO VII — SÍNTESE CONCLUSIVA	301
VII.1. Proposições objetivas	301
VII.2. Encerramento	312

