

**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 Getúlio Vargas (FGV-RJ). 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**

**3ª Edição  
Revista e Atualizada**

**RENOVAR**  
Rio de Janeiro  
2014

**abdr**   
Associação Brasileira de Direito Administrativo  
Respeite o direito autoral!

Todos os direitos reservados à  
 LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.  
 MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ  
 CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135  
 FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962

**www.editorarenovar.com.br**

**SAC: 0800-221863**

© 2014 by Livraria Editora Renovar Ltda.

*Conselho Editorial:*

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente (*in memoriam*)

Antonio Celso Alves Pereira

Caio Tácito (*in memoriam*)

Carlos Alberto Menezes Direito (*in memoriam*)

Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)

Gustavo Binenbojm

Gustavo Tepedino

Lauro Gama

Luís Roberto Barroso

Luiz Edson Fachin

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Manoel Vargas

Nadia de Araujo

Nelson Eizirik

Ricardo Lobo Torres

Ricardo Pereira Lira

Sergio Campinho

*Capa:* Sheila Neves

*Editoração Eletrônica:* TopTextos Edições Gráficas Ltda.

**191**

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
 Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

B242t

Binenbojm, Gustavo

Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. — 3ª ed. revista e atualizada — Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ISBN 978-85-7147-860-2

1. Direito administrativo — Brasil. I. Título.

CDD 346.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)  
 Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

## SUMÁRIO

NOTA À 3ª EDIÇÃO .....	XI
NOTA À 2ª EDIÇÃO .....	XIII
PREFÁCIO (Luís Roberto Barroso).....	XIX
APRESENTAÇÃO .....	1

### PRIMEIRA PARTE: OBJETO DA INVESTIGAÇÃO.

<b>CAPÍTULO I — A CRISE DOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>9</b>
I.1. A outra história do direito administrativo: do pecado autoritário original à constituição de uma dogmática a 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 ideia 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 <i>versus</i> 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.....	42

**SEGUNDA PARTE:  
PREMISSAS TEÓRICAS.**

<b>CAPÍTULO II — DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA COMO FUNDAMENTOS ESTRUTURANTES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>49</b>
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.....	72
II.3.2. A democracia e a Administração Pública.....	76

**TERCEIRA PARTE:  
A MUDANÇA DE PARADIGMAS PROPOSTA.**

<b>CAPÍTULO III — DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>83</b>
III.1. A dicotomia interesse público <i>versus</i> interesses privados ao longo da história.....	83
III.2. O princípio da supremacia do interesse público, segundo a doutrina brasileira. Uso histórico do princípio como instrumento de exercício arbitrário da discricionariedade .....	89

III.3. A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público .....	96
III.4. A posição intermediária de Luís Roberto Barroso .....	103
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 .....	105
III.6. Ponderação constitucional, legislativa, administrativa e judicial... 111	
III.7. A proporcionalidade e as normas instituidoras de privilégios para a Administração .....	115
III.8. A proporcionalidade e as normas restritivas de direitos individuais. ....	121
<b>CAPÍTULO IV — A CRISE DA LEI: DA LEGALIDADE COMO VINCULAÇÃO POSITIVA À LEI AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>131</b>
IV.1. O desprestígio do legislador e a crise da lei formal: um fenômeno universal .....	131
IV.2. Os caminhos da legalidade administrativa: os sentidos da vinculação da Administração à juridicidade.....	142
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 nº 32/2001 .....	149
IV.3.1. A lei. Formas de manifestação da legalidade. Reservas de lei....	153
IV.3.2. Os regulamentos. Suas espécies e a sistemática introduzida pela Emenda Constitucional nº 32/2001 .....	159
IV.4. A atividade administrativa <i>contra legem</i> : 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.....	183
<b>CAPÍTULO V — DA DICOTOMIA ATO VINCULADO VERSUS ATO DISCRICIONÁRIO À TEORIA DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE .....</b>	<b>207</b>
V.1. A discricionariedade administrativa como espaço de livre decisão externo ao direito.....	207

V.2. A teoria dos elementos do ato administrativo: controle dos elementos vinculados do ato discricionário .....	213
V.3. A emergência da teoria dos princípios: o estreitamento (parcial ou total) do âmbito de discricionariiedade por incidência dos princípios da Administração Pública.....	219
V.4. Conceitos jurídicos indeterminados, espaços de apreciação administrativa e princípios constitucionais.....	225
V.5. Discricionariiedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial: critérios para uma teoria jurídico-funcionalmente adequada .....	240
<b>CAPÍTULO VI — DO EXECUTIVO UNITÁRIO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POLICÊNTRICA.....</b>	<b>257</b>
VI.1. A emergência das autoridades administrativas independentes: do Executivo unitário à Administração policêntrica.....	257
VI.2. As características gerais das agências independentes: as dimensões de sua autonomia reforçada .....	269
VI.3. Contextualizando as agências independentes nos Estados Unidos e no Brasil: mão e contramão .....	280
VI.4. As tensões entre a regulação independente e o Estado democrático de direito.....	288
VI.4.1. A sucessão democrática e as agências reguladoras independentes: registros históricos da experiência brasileira.....	289
VI.4.2 Propostas de aprimoramento do arranjo institucional das agências reguladoras no Brasil.....	292
VI.4.2.1. Em relação ao princípio da legalidade: rejeição à tese da deslegalização .....	292
VI.4.2.2. Em relação ao sistema de freios e contrapesos: controles ancilares do Executivo e do Legislativo .....	306
VI.4.2.3. Em relação ao dito déficit democrático: controle social e legitimação pelo procedimento.....	310
VI.5. Agências independentes, direitos fundamentais e democracia .	317
<b>CAPÍTULO VII — SÍNTESE CONCLUSIVA.....</b>	<b>323</b>
VII.1. Proposições objetivas.....	323
VII.2. Encerramento .....	335