



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Direito administrativo e novos direitos: o Direito Administrativo como vetor de descobrimento de novos direitos

Pinto e Netto, L.C.; Gomes, C.A.; Neves, A.F.; Bitencourt Neto, E.

Citation

Pinto e Netto, L. C. (2025). Direito administrativo e novos direitos: o Direito Administrativo como vetor de descobrimento de novos direitos. In C. A. Gomes, A. F. Neves, & E. Bitencourt Neto (Eds.), *Atualização e codificação do procedimento administrativo* (pp. 27-96). Lisbon: Lisbon Public Law Research Centre (ICJP FDUL). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4293153>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4293153>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).



V Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público

Em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia

ATUALIZAÇÃO E CODIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO



CARLA AMADO GOMES

ANA F. NEVES

EURICO BITENCOURT

(coordenadores)

Editor

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Lisbon Public Law - Research Centre

-

www.icjp.pt
icjp@fd.ulisboa.pt

-

Julho de 2025

ISBN: 978-989-8722-71-3



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa
www.fd.ulisboa.pt



Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

Foto da capa

Carla Amado Gomes

-

Produção

OH! Multimédia
mail@oh-multimedia.com

Direito administrativo e novos direitos

O Direito Administrativo como vetor de descobrimento de novos direitos

LUÍSA NETTO¹

Resumo

O presente texto retoma e expõe brevemente os seis grandes traços do Direito Administrativo do século XXI, elencados e elaborados pelo Professor Sérvulo Correia. Em seguida, partindo do “caso” do escândalo do auxílio-creche na Holanda e das discussões acerca da necessidade de reforma da Lei Geral de Direito Administrativo, perquire-se a necessidade de incremento do arsenal de direitos do cidadão em face da Administração, especialmente considerando as consequências da era digital e o exacerbamento da vulnerabilidade dos cidadãos. A análise centra-se na fragilidade da constitucionalização do Direito Administrativo holandês, nas propostas de alteração da Lei Geral de Direito Administrativo e nas

1 Professora assistente do Departamento de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade de Leiden (Países Baixos); Membro do *ICON-S Committee of Engagement and Community*; Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Sérvulo Correia; Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.



discussões acerca da necessidade adicional de constitucionalização de novos direitos. Com base nesta análise, propõe-se mais um traço marcante do Direito Administrativo no século XXI, qual seja, a fertilização do sistema de direitos por meio do reconhecimento de “novos direitos fundamentais administrativos”. Conclui-se refletindo sobre a potencialidade prescritiva destes traços e submetendo a proposta deste sétimo traço do Direito Administrativo ao debate e à crítica.

Palavras-chave: Traços marcantes do Direito Administrativo – escândalo do auxílio-creche na Holanda – constitucionalização do Direito Administrativo – vulnerabilidade – Estado digital – novos direitos fundamentais administrativos – direito ao erro – direito a contato significativo com a Administração – direito a decisão humana.

Índice: 1. Notas introdutórias. 2. Os seis grandes traços do Direito Administrativo no século XXI segundo Sérvulo Correia. 3. O escândalo do auxílio-creche e o Direito Administrativo holandês 4. Um sétimo traço do Direito Administrativo (?): o Direito Administrativo como vetor de descobrimento de novos direitos (ou como vetor fertilizador do sistema de direitos fundamentais). 5. Notas finais.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Esta pequena contribuição escrita pretende apresentar uma organização das ideias expostas para debate e reflexão no V Colóquio Luso Brasileiro de Direito Público, realizado em Lisboa em outubro de 2024,

em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia.² Há alguma tentativa de elaboração (ainda bastante incipiente) para explicar melhor a ideia central apresentada, qual seja, o Direito Administrativo como vetor de descobrimento e desenvolvimento de novos direitos.

A investigação acerca de “novos direitos” ocupou-me na minha investigação de doutoramento, concluída em 2015 sob a orientação do Professor Sérvulo Correia. Desde então, no entanto, parece não ter perdido a sua importância.³ Naquela oportunidade e centrando-me primordialmente nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa, não dei destaque específico para “novos direitos” criados ou reconhecidos a partir do Direito Administrativo, para “novos direitos fundamentais administrativos”. Nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa, o desenvolvimento especialmente de direitos procedimentais e processuais administrativos, mas também de direitos materiais, transpareceu para mim

2 Agradeço aos Senhores Professores Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Eurico Bitencourt Neto pela organização deste profícuo evento e pelo convite para participar desta merecida homenagem ao Professor Sérvulo Correia. Vivi momentos dignos de serem guardados com carinho na memória, por rever tão queridos amigos na Faculdade de Direito de Lisboa, mas, principalmente, por rever o querido Professor Sérvulo, mais uma vez, e como sempre, dando testemunho vivo de sua vocação inigualável e inspiradora para a docência e para o estudo do Direito Público. Agradeço, ainda, aos participantes pelas frutíferas discussões.

3 Venho tentando me dedicar à problemática dos “novos direitos”: vide Luísa NETTO, *A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional*. Curitiba: Íthala, 2016; Luísa NETTO, *Criteria to Scrutinize New Rights: Protecting Rights against Artificial Proliferation*. *Journal of constitutional Research*, 2021; Luísa NETTO, *The right to science between national and international recognition: domestic contributions to the clarification of its normative content*, *Católica Law Review* 7(1), 2023, p. 103-137; Luísa NETTO, Anna RECHNITZER VAN DER WIELEN. *Nuevos derechos en acción: reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador y Chile bajo la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *Revista de Investigações Constitucionais* 11(3), 2024: p. 1-30; Daniel HACHEM, Camila SIMM, Luísa NETTO. *O transporte como direito fundamental social e o serviço público de transporte coletivo municipal* (artigo aceito para publicação Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, da Faculdade Unisinos).



como decorrência lógica ou mesmo desdobramento da constitucionalização do Direito Administrativo. A constitucionalização do Direito Administrativo operada nestes dois países assentou de forma tão marcada (i) a relação íntima entre estes campos do Direito e (ii) a inafastável matriz constitucional da atividade administrativa, que o fenômeno dos “novos direitos” não se mostrou para mim como uma especificidade marcante do Direito Administrativo.⁴

Passados alguns anos e diante agora da realidade holandesa, na qual não se tem (ainda) uma constitucionalização do Direito Administrativo comparável ao que se verifica no Brasil e em Portugal, vim a confrontar-me com discussões acerca de “novos direitos” e observei que diversos “novos direitos” propostos ou debatidos referem-se de forma bastante direta à relação entre a Administração e o cidadão. Essa perspectiva levou-me a pensar que, ainda que umbilicalmente ligada à constitucionalização, a caracterização do Direito Administrativo como vetor de reconhecimento e desenvolvimento de novos direitos merece ser elencada de forma autônoma na investigação do perfil atual do deste Direito. É esta ideia que submeto ao debate.

O contexto dessa reflexão toma como premissa a constitucionalização do Direito Administrativo ocorrida em Portugal e no Brasil, seguindo o advento, respectivamente, das Constituições de 1976 e 1988, e o consequen-

4 Sabe-se da discussão sobre um fenômeno amplo de constitucionalização do Direito, muitas vezes relacionado à força irradiante reconhecida aos direitos fundamentais. Não obstante, parece que há alguns ramos do Direito em que o reconhecimento de específicos direitos, neste cenário, seja mais marcado pelo maior contato entre o indivíduo e o Estado. Seria o caso, por exemplo, do Direito Penal e do Direito Administrativo. Para uma primeira aproximação ao fenômeno da constitucionalização no âmbito do Direito brasileiro, vide Luís Roberto BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, jul./dez. 2006: p. 13-100.

te desenvolvimento de legislação concretizadora, especialmente o Código de Procedimento Administrativo português e a Lei de Procedimento Administrativo brasileira.⁵ Ainda que muito se discuta sobre as vantagens e desvantagens da codificação da matéria procedimental, parece que a sua sistematização contribui para a acessibilidade e compreensão do Direito, com resultados práticos e teóricos significativos. Junte-se a isto que vários temas passam a ganhar atenção com a sistematização.⁶ Para o que mais interessa nesta oportunidade, de forma simplificada, verifica-se que o tratamento jurídico sistematizado, pela Constituição e pela legislação, da relação entre a Administração e o cidadão levou à especificação (ou criação) de diversos direitos (constitucionais e legais). Essa especificação constitucional e legal impulsionou e impulsiona a teorização e a jurisprudência, e estas, igualmente, impulsionam o desenvolvimento do Direito.

Não vou descer a detalhes sobre as legislações específicas ou sobre as propostas legislativas ou doutrinárias de sua alteração. Vou tomar como premissa que o Direito Administrativo, mais especificamente o procedimento administrativo⁷ no Brasil e em Portugal, revelou novos direitos (fundamentais) ou levou ao seu desenvolvimento, fenômeno que parece se reforçar a cada reforma legislativa do arcabouço da atividade administrativa. Na Holanda, como pretendo esboçar, a discussão acerca de alterações da

5 A discussão circunscreve-se, nesta oportunidade, ao procedimento (e eventualmente ao processo), mas certamente também há diversos reflexos da constitucionalização referentes a direitos administrativos substantivos. Um exemplo pode ser pensado a partir da legislação brasileira que disciplina o serviço público.

6 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, *Codification of administrative law in the Netherlands*. In: UHLMANN (red.), *Codification of administrative law: a comparative study on the sources of administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 2023: p. 209 ss.

7 Talvez também um fenômeno análogo se verifique no âmbito do contencioso administrativo, seja em Portugal, seja no Brasil, relativamente à legislação processual.



Lei Geral de Direito Administrativo trouxe à tona questionamentos acerca de novos direitos. Vou usar o exemplo holandês para tentar jogar alguma luz sobre este traço do Direito Administrativo como traço que merece aproximação autônoma, visto que neste quadrante não se pode falar de uma forte constitucionalização do Direito Administrativo.

Com essa argumentação, buscarei avançar alguma generalização no sentido de identificar o Direito Administrativo como vetor de descobrimento e desenvolvimento de novos direitos, tentando alinhar esta faceta à exposição do Professor Sérvulo Correia acerca dos “grandes traços do Direito Administrativo no século XXI”⁸, ou seja, gostaria de debater a possibilidade de pensarmos em mais um traço deste Direito Administrativo, qual seja, a sua virtualidade fertilizadora do sistema de direitos (fundamentais).

Alguns esclarecimentos (*disclaimers*) são necessários ainda nesta introdução. Trata-se de uma elaboração incipiente que se submete à discussão; não se trata da elaboração do resultado de pesquisa exaustiva.⁹ São utilizados exemplos advindos do Brasil, de Portugal e da Holanda; não se adota, no entanto, o método do Direito Comparado. Tratando-se de uma reflexão incipiente, tais exemplos e a argumentação sobre eles construída certamente merece críticas quanto ao rigor científico e metodológico.¹⁰ Para que esta reflexão pudesse ser digna de figurar numa

8 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 45–66.

9 Não se trata, como dito, de artigo que apresenta resultado de pesquisa exaustiva, quer bibliográfica, quer legislativa, quer jurisprudencial.

10 Também passível de crítica é a ausência de referência a vultosa bibliografia brasileira e principalmente portuguesa – há muito conteúdo ainda não digitalizado e ao qual tive acesso e estudei quando no Brasil e em Portugal, mas cujo acesso, que teria que ser físico, não me foi possível para a elaboração deste texto a partir dos Países Baixos.

homenagem ao Professor Sérvulo Correia, para mim símbolo de rigor e profundidade acadêmica, muito mais seria necessário do que o que foi possível apresentar neste momento.

2. OS GRANDES TRAÇOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO SÉCULO XXI SEGUNDO SÉRVULO CORREIA¹¹

O Professor Sérvulo Correia publicou, em 2016, um artigo intitulado “Os grandes traços do Direito Administrativo no século XXI”.¹² Trata-se de artigo seminal, como se verá.

Por respeito e administração ao trabalho do Professor e por honestidade intelectual, deixo claro que esta secção (2) não reflete qualquer elaboração acadêmica de minha parte, mas tenta apenas sintetizar o referido artigo do Professor Sérvulo Correia.

Eu poderia simplesmente remeter ao artigo, mas entendi necessário retomar as ideias centrais nesta oportunidade para, além de prestar-lhes a devida atenção, colocá-las novamente em destaque por sua capacidade de nos ajudar a compreender vários dos fenômenos atualmente vivenciados no Direito Administrativo, bem como por seu potencial para nos iluminar na investigação de outros traços que eventualmente possam caracterizar o Direito Administrativo nesta quadra histórica.

11 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 45–66.

12 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 45–66.



Deixo, assim, clara e registrada a autoria das ideias desta secção (2); dou aqui imperfeita amostra delas e convido o leitor a deliciar-se com as páginas originais escritas pelo Professor Sérvulo Correia. Tentarei seguir indicando aspectos específicos nas notas de pé-de-página, fica, no entanto, sacramentado que toda esta secção se refere ao artigo do Professor Sérvulo Correia.¹³

Naquela ocasião, o Professor destacou que o Direito Administrativo pode ser compreendido sob diferentes perspectivas, seja no contexto atual ou em sua evolução. Para identificar seus grandes traços, entendeu necessário estabelecer critérios que considerem a transformação contínua desse ramo do Direito. Explicou, ademais, que sua abordagem insere-se na ideia de um *jus commune administrativo*, inspirada no fenômeno do Direito Constitucional comparado. No arco euro-atlântico dos Estados constitucionais, observa-se um processo de convergência doutrinária, impulsionado pela constitucionalização do Direito Administrativo. Esse fenômeno resulta na aproximação de princípios e conceitos, conferindo ao Direito Administrativo uma dimensão meta-nacional sem necessariamente uniformizá-lo.¹⁴

Segundo Sérvulo Correia, sua análise buscou, na definição dos grandes traços do Direito Administrativo, não prever o futuro do Direito Administrativo, mas sim compreender seu estado atual e sua evolução

13 Rogo, assim, ao leitor que se houver interesse em referenciar estes traços tal referência não se faça por meio deste artigo meu, mas, sim, por meio do artigo do Professor Sérvulo Correia, que tem a autoria de todas estas ideias: Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 45–66.

14 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 45–66.

recente, uma vez que sua constante transformação dificulta a definição de um modelo consolidado. Com esse fim, o Professor perseguiu a identificação de elementos estruturais que evidenciem um percurso evolutivo claro, sem se restringir a um Direito Administrativo nacional específico. Com este objetivo, o Professor Sérvulo Correia apresentou e explicou seis grandes traços do Direito Administrativo no século XXI, quais sejam:

1. “A constitucionalização do Direito Administrativo;
2. O papel matricial do princípio do Estado de Direito Democrático;
3. A recomposição dos perfis de função administrativa;
4. A perspectiva relacional;
5. A centralidade da perspectiva procedimental;
6. A renovação dogmática das formas jurídicas típicas da conduta administrativa.”¹⁵

Vou referir brevemente cada um destes traços, sempre recorrendo à elaboração do Professor Sérvulo Correia que, em seu artigo, baseou-se em vasta e variada bibliografia.

O primeiro grande traço do Direito Administrativo contemporâneo é sua constitucionalização, fenômeno que transformou profundamente esse ramo do Direito ao longo do século XX.¹⁶ Inicialmente, o Direito Ad-

¹⁵ Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 45–66.

¹⁶ Sobre essa constitucionalização, vide também Sérvulo CORREIA, Francisco PAES MARQUES, *Noções de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 101-106.



ministrativo era concebido como autônomo em relação ao Direito Constitucional, sendo regido por normas próprias e sem influência direta dos princípios constitucionais. Essa visão era exemplificada pela célebre afirmação de Otto Mayer segundo a qual “o *Direito Constitucional* passa e o *Direito Administrativo* permanece”. No entanto, esse panorama mudou com o advento de constituições com forte carga axiológica e orientadora, como as da Itália e Alemanha no pós-guerra e, posteriormente, as de Portugal, Espanha e Brasil. Sob essas novas constituições, o Direito Administrativo passou a ser visto como um “*Direito Constitucional concretizado*”, conforme Fritz Werner, citado por Sérvulo Correia. Esse processo garantiu maior transparência e coerência ao sistema, assegurando direitos fundamentais dos cidadãos, delineando tarefas administrativas e organizando diversas garantias processuais. O impacto dessa transformação é evidente no predomínio dos princípios constitucionais que passaram a estruturar a atividade administrativa¹⁷, como legalidade, interesse público, igualdade, imparcialidade, boa-fé e publicidade. Além disso, observa-se a tendência de agrupar esses princípios em super princípios, como o da boa administração, consolidado na União Europeia pela Carta dos Direitos Fundamentais. Esse princípio unifica garantias como o direito à audiência, ao acesso à informação e à motivação das decisões, refletindo uma nova fase do Direito Administrativo, marcada pela busca por justiça e eficiência na atuação da Administração Pública.¹⁸

Como segundo traço marcante do Direito Administrativo, o Professor Sérvulo Correia indicou “o papel matricial do Estado de Direito

17 Sérvulo CORREIA, Francisco PAES MARQUES, *Noções de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 193 ss.

18 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. A&C - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 47 ss.

Democrático”. Embora o conceito de Estado de Direito tenha origem no século XIX, ele foi modernizado com o fortalecimento da dimensão democrática e da estruturação jurídica do próprio Estado. As constituições de diversos países, como Brasil e Portugal, consagram esse princípio, que se tornou um elemento essencial do Direito Constitucional Administrativo. Ele é composto por dois núcleos indissociáveis: o respeito à legalidade e à garantia de direitos fundamentais, por um lado, e a legitimação democrática da atuação administrativa, por outro. Dessa forma, a Administração Pública deve agir dentro dos limites da lei, respeitando e atuando para promover os direitos, ao mesmo tempo em que deve estar submetida a mecanismos de participação popular e controle democrático. Um aspecto central dessa transformação é a crescente exigência de responsabilidade democrática (*accountability*), que se manifesta por meio da transparência, participação cidadã e controle público da atividade administrativa. A Administração deve não apenas estar sujeita ao escrutínio dos cidadãos, mas também facilitar esse controle, promovendo mecanismos de responsabilização. Esse princípio estruturante reforça a interdependência entre Direito Administrativo e democracia, tornando a *accountability* uma nova base conceitual para a Administração Pública no século XXI.¹⁹

O terceiro grande traço do Direito Administrativo contemporâneo, segundo o Professor Sérvulo Correia, é a “redefinição dos perfis da função administrativa”, que se transforma em resposta às mudanças sociais, econômicas e políticas. Tradicionalmente, distinguia-se entre a administração restritiva (*Eingriffsverwaltung*), que impõe restrições aos direitos

19 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 49-50.



individuais, e a administração de prestação (*Leistungsverwaltung*), que assegura bens e serviços à população. No entanto, a crise do Estado social, agravada a partir do final do século XX, gerou incertezas sobre o papel do Estado, levando a medidas como redução de gastos públicos, privatizações e desregulação. Diante desse cenário, surgiram novas concepções sobre a função administrativa, como a administração reguladora, que busca equilibrar o funcionamento do mercado por meio de regras e instituições independentes. Movimentos de desregulação em países como os EUA e o Reino Unido buscaram minimizar a intervenção estatal, o que gerou controvérsias, especialmente após a crise financeira global de 2008. Uma abordagem recente, vinda da doutrina alemã, é a capacidade diretiva da Administração (*Steuerung*), que enfatiza o papel do Estado na coordenação e orientação da sociedade, sem um controle absoluto. Essa visão reconhece os limites da previsão legislativa e a necessidade de autorregulação e descentralização das decisões administrativas, permitindo uma adaptação mais eficaz às rápidas mudanças sociais, tecnológicas e econômicas. Assim, o Direito Administrativo atual busca equilibrar a efetividade das normas com a participação social e a flexibilidade da gestão pública, evitando um distanciamento entre as regras formais e a realidade prática da administração pública.²⁰

Sérvulo Correia apresenta como quarto grande traço do Direito Administrativo contemporâneo a “adoção de uma perspectiva relacional”, que redefine sua estrutura clássica. Originalmente, esse ramo do Direito era visto apenas como o Direito da administração pública, centrado no exercício do poder administrativo. No entanto, após a Segunda Guerra

20 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. A&C - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 50 ss.

Mundial, as novas constituições democráticas consagraram direitos fundamentais de caráter jurídico, justiciáveis, o que levou a uma reavaliação da posição e do papel dos administrados. Essa nova visão não elimina a normatividade do Direito Administrativo, nem seu compromisso com o interesse público, mas o reposiciona como um sistema de equilíbrio entre os interesses do Estado e dos cidadãos. Além disso, o conceito de relação jurídica administrativa se expande para incluir também relações entre particulares, quando submetidos a regulações administrativas, relações multipolares, envolvendo diversos agentes e interesses e relações inter e intra-administrativas, entre órgãos públicos. A importância dessa perspectiva relacional se evidencia porque as relações jurídicas são contínuas e não se limitam a atos isolados, como decisões ou contratos administrativos, bem como permitem uma análise mais precisa ao integrar os aspectos materiais, procedimentais e processuais.²¹

Como quinto grande traço do Direito Administrativo, o Professor Sérvulo Correia elabora a “centralidade do procedimento administrativo”, pois este se tornou um elemento estruturante e fundamental para a função administrativa. O procedimento garante uma melhor organização da função administrativa, além de participação individual e democrática. Em países como Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, códigos ou leis gerais de procedimento administrativo regulam a atuação da Administração Pública. No direito inglês, a doutrina do “*fairness*” (dever de agir com equidade) ampliou garantias processuais, influenciando sistemas como o norte-americano (*due process*) e o brasileiro (devido processo legal). No Brasil, a importância do procedimento administrativo vem se

21 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 53 ss.



consolidando e expandindo seu papel na garantia de direitos, para além da eficiência administrativa e responsabilidade democrática (*accountability*). O procedimento administrativo organiza a tomada de decisões administrativas, permite a colaboração entre órgãos públicos, assegura transparência, participação e legitimidade das decisões, estrutura a ponderação de interesses, garantindo princípios como proporcionalidade e imparcialidade. Dessa forma, o procedimento administrativo assume um papel nuclear e transversal no Direito Administrativo, regulando toda a atividade decisória da Administração Pública, sem se restringir a casos de litígio ou imposição de sanções.²²

Por fim, como último grande traço do Direito Administrativo apresentado pelo Professor Sérvulo Correia, surge a “renovação dogmática das formas jurídicas da conduta administrativa”, o regulamento, o ato administrativo e o contrato administrativo. Apesar da resistência em algumas tradições constitucionais, os regulamentos são essenciais para a governança moderna, dada a complexidade social, a rápida evolução tecnológica e a necessidade de especialização. Em sua renovação, verifica-se que o legislador impõe procedimentos rigorosos para sua elaboração, como a participação pública, a apresentação de justificativas e a avaliação de impacto. No que tange ao ato administrativo, embora sua estrutura tenha se mantido estável desde o século XIX, várias adaptações foram necessárias diante da constitucionalização do Direito Administrativo e da globalização, surgindo novas formas, como atos administrativos ambivalentes, que beneficiam alguns e prejudicam outros; atos provisórios e promessas de ato administrativo, que fazem

22 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 55 ss.

parte de processos administrativos dinâmicos; atos administrativos transnacionais, que geram efeitos além do território nacional, especialmente no contexto da União Europeia. Quanto ao contrato administrativo, observa-se um crescimento global de seu uso, criando-se novas modalidades, como, por exemplo, contratos interadministrativos para cooperação entre entidades públicas; contratos substitutivos de atos administrativos, quando a Administração utiliza contratos no lugar de decisões unilaterais; e parcerias público-privadas.²³

Ao final de seu artigo, o Professor Sérvulo Correia escreve: *“O direito administrativo chegou aos nossos dias enriquecido por uma diversidade e uma profundidade de princípios, conceitos, institutos e teorias explicativas que, a poucas décadas atrás, se não suspeitavam. Manter a atualização é uma dura mas apaixonante tarefa para cada administrativista.”*²⁴

Na tentativa de atender a esse chamado para buscar a atualização e estando agora mais próxima à realidade do Direito holandês, pensei que seria interessante partir desse arcabouço teórico construído pelo professor Sérvulo Correia para analisar, pontualmente, a situação na Holanda e tentar identificar algum aspecto inovador passível de generalização para o estudo do Direito Administrativo em outros quadrantes. É o que passo a fazer.

23 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 58 ss.

24 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 62.



3. O ESCÂNDALO DO AUXÍLIO-CRECHE E O DIREITO ADMINISTRATIVO HOLANDÊS

O escândalo do auxílio-creche na Holanda (*toeslagenschandaal*)²⁵ envolveu um sistema de apoio financeiro, integrado no sistema de assistência e seguridade social, estabelecido legalmente, para ajudar famílias menos favorecidas a custear creches para seus filhos. As famílias recebiam as quantias em adiantamento e tinham que demonstrar, posteriormente, perante a Administração, a aplicação dos recursos, atendendo a variadas formalidades e submetendo-se a controle para evitar fraudes. Ocorre que a Administração pautou-se, na aplicação da lei e no controle desta política social, por uma interpretação draconiana da lei, impondo a devolução integral dos valores recebidos a título de auxílio em face mesmo de pequenas irregularidades. Essa interpretação legal rígida causou grandes danos, como endividamento, sofrimento psicológico, perda da casa e até perda da guarda de filhos, a milhares de famílias. Desde 2004, quando do estabelecimento legal do auxílio, surgiram críticas ao sistema, mas foi somente em 2017 que a questão foi investigada a fundo. Aproximadamente 8.000 famílias foram afetadas, tendo sido tratadas como fraudadoras.

Ademais disto, o sistema utilizado pela Administração para controlar a aplicação do auxílio-creche pelas famílias beneficiárias empregava algoritmos que levaram a um controle mais rigoroso de pais com sobrenomes estrangeiros ou dupla nacionalidade, o que levantou questões

25 Consulte-se, para uma exposição um pouco mais detalhada em português, Luísa NETTO, A separação de poderes e direitos fundamentais: algumas reflexões a partir de exemplos emblemáticos vindos dos Países Baixos In: GOMES, NEVES, BITENCOURT NETO (red.), *Discrecionalidade administrativa e controlo da administração pública: atas do IV Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público*. Lisbon: Lisbon Public Law Research Centre, 2024: p. 296-357.

de discriminação estrutural.²⁶ A atuação da Administração, com foco em penalizar qualquer erro, foi endossada por decisões judiciais, apesar de ter havido vozes críticas desde a implementação desta política, como dão exemplo o relatório do Conselho de Estado em sua função de aconselhamento do Parlamento, quando da tramitação do projeto de lei. Esse mesmo Conselho de Estado, no entanto, em sua função de órgão máximo da justiça administrativa, passou anos endossando a política implementada pela Administração.

Foi apenas em 2019 que finalmente a secção judicial do Conselho de Estado alterou seu entendimento e admitiu que a Administração poderia aplicar devoluções proporcionais, não sendo a determinação da devolução integral das quantias a única possibilidade legal.²⁷ Ocorre que graves danos já haviam sido causados a milhares de famílias.

O caso foi amplamente investigado por uma comissão parlamentar,²⁸ que concluiu que o tratamento dado aos cidadãos violava princípios fundamentais do Estado de Direito. Do ponto de vista jurídico, o escândalo levantou questões sobre a aplicação excessivamente rígida das leis, a falta de controle judicial de constitucionalidade²⁹ e o papel da justiça administrativa, que não terá controlado adequadamente a legalidade (propor-

26 Sobre esses escândalos relativos ao uso de algoritmos (*algoritmeschandalen*) e mais amplamente sobre o uso de algoritmos pela Administração, veja-se, com farta indicação de fontes, Ola AL KHATIB, Mariette LOKIN, Robbert BRUGGEMAN, Anne MEUWESE. De A is van algoritme: hoe de Awb op dit vlak te versterken, *NTB*, 426, 2024: p. 623-636.

27 Vide, a respeito, ZIJLSTRA. Lessen uit de toeslagenaffaire. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 34(3), 2021: P. 125-136.

28 Tweede Kamer der Staten-Generaal (2020), Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag. Ongekend onrecht.

29 Ingrid LEIJTEN. Constitutional review in sight? The Venice Commission on the Dutch childcare allowance scandal. Retrieved from: <https://doi.org/10.17176/20211025-182836-0>.



cionalidade) das ações do governo. A atuação da justiça administrativa, que poderia ter evitado as consequências desastrosas da interpretação e aplicação da lei pela Administração, falhou.

Este caso expôs problemas no funcionamento dos três poderes da Holanda e gerou uma reflexão sobre o equilíbrio entre eficiência administrativa e proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, sobre a relação entre os poderes e sobre a efetividade da proteção judicial existente.

Diversas instâncias se debruçaram sobre o problema e vários relatórios foram elaborados.³⁰ Não parece exagero dizer que, ao lado das atuais discussões sobre erosão democrática em face da ameaça da extrema direita, esse tema tem moldado as discussões no Direito Constitucional e no Direito Administrativo holandês. Muitos aspectos foram apontados nos relatórios e são objeto de debate. Pensando nos traços do Direito Administrativo apontados pelo Professor Sérvulo Correia, vejo este escândalo como um sintoma claro da precária intimidade entre o Direito Administrativo Holandês e o Direito Constitucional e, talvez também, como um sintoma de um precário protagonismo da Constituição no cenário jurídico e político holandês.

30 Staatscommissie rechtsstaat, De gebroken belofte van de rechtsstaat, Ministerie van Justitie en Veiligheid, 28 juni 2024. Retrieved from: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2024/06/28/tk-bijlage-1-rapport-staatscommissie-rechtsstaat-de-gebroken-belofte-van-de-rechtsstaat>; Venice Commission (2021). Observations by the Child-care Allowance Parliamentary Inquiry Committee: The rule of law on trial. CDL-REF(2021)073. Retrieved from: <https://www.venice.coe.int>; Autoriteit Persoonsgegevens (2020). Rapport: Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens door de Belastingdienst in de Fraude Signaleringsvoorziening (FSV). Retrieved from: <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl>; Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (2020). Ongekend onrecht: Eindrapport over de kinderopvangtoeslagaffaire. Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 35 510, nr. 2. Retrieved from: <https://www.tweedekamer.nl>; College voor de Rechten van de Mens. (2021). Visienota Institutioneel racisme - Naar een mensenrechtelijke aanpak. Adviezen; Amnesty International. (2021). Dutch childcare benefit scandal an urgent wake-up call to ban racist algorithms. Retrieved from <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/10/xenophobic-machines-dutch-child-benefit-scandal/>

Da mesma maneira como explicitado pelo Professor Sérvulo Correia³¹, não escrevo no campo do Direito Comparado propriamente dito.³² O que tento é analisar um aspecto pontual do Direito Administrativo (talvez seria melhor dizer até Direito Público) holandês para verificar se desta análise podemos inferir algum traço de atualização. Não pretendo fazer uma análise de todo o Direito Administrativo holandês nesta oportunidade, tampouco do Direito Procedimental ou Processual Administrativo, assim como não buscarei explicitar a presença ou ausência de todos os traços acima explicitados na seção 2.

Conforme observam Barkhuysen, Ouden e Schuurmans³³, a Holanda não possui uma longa tradição de contestação judicial da atividade administrativa. Inicialmente, a proteção contra atos administrativos desenvolveu-se dentro da própria esfera administrativa, resultando em um sistema fragmentado, uma vez que diferentes atividades eram reguladas por legislações específicas, demandando procedimentos distintos. Com a ampliação do alcance da atuação administrativa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, surgiu a necessidade de maior sistematização. Em 1963, foi promulgada a Lei de Recurso contra Decisões Administrativas (*Wet beroep administratieve beschikkingen*), permitindo a contestação de decisões do governo central por meio de recurso à Coroa, quando não houvesse outra via jurídica disponível. Posteriormente, em 1976, a Lei sobre

31 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 45–66.

32 Não se trata aqui de um estudo de Direito Comparado, o que envolveria outro enfoque e outra pesquisa. A análise dos traços do Direito Administrativo me parece fascinante a partir de uma perspectiva comparada, não tenho como fazê-la no momento, pois o método comparado envolve dificuldades que ultrapassam os lindes deste singelo artigo.

33 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands*, NALL 2012, abril-juni.



a Jurisdição Administrativa de Atos Governamentais (*Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*) trouxe avanços no Direito Público holandês, possibilitando o recurso à Secção Judicial do Conselho de Estado para contestação de atos administrativos sem outra proteção jurídica. Esse foi um marco na construção do contencioso administrativo holandês, prevendo a atuação de um órgão com função jurisdicional.³⁴

Em 1983, com uma reforma constitucional significativa, o artigo 107 da Constituição passou a exigir legislação que estabelecesse regras gerais de Direito Administrativo. Tem-se hoje a Lei Geral de Direito Administrativo (*Awb - Algemene wet bestuursrecht*), que define conceitos essenciais para a Administração Pública, como órgão administrativo (*bestuursorgaan*), decisão administrativa (*beslissing/beschikking*) e interessado (*belanghebbend*). Além disso, regulamenta o procedimento administrativo e o processo, determinando princípios aplicáveis, forma e prazos, além de prever os meios de impugnação e convalidação dos atos administrativos. De acordo com essa lei, a contestação da atividade administrativa deve ocorrer primeiramente na esfera administrativa (*bezwaaar*) e, se não houver solução satisfatória, pode-se recorrer ao Judiciário (*beroep*).³⁵

Estudiosos ressaltam a relevância do procedimento administrativo na Holanda, especialmente a fase de preparação das decisões, que deve observar os princípios da boa administração (*algemene beginselen van*

34 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, Codification of administrative law in the Netherlands. In: UHLMANN (red.), Codification of administrative law: a comparative study on the sources of administrative law. Oxford: Hart Publishing, 2023: p. 193-213.

35 Sobre a evolução do procedimento administrativo na Holanda, veja, dentre outros, Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, Codification of administrative law in the Netherlands. In: UHLMANN (red.), Codification of administrative law: a comparative study on the sources of administrative law. Oxford: Hart Publishing, 2023: p. 193-213.

behoorlijk bestuur). Já aqui pode-se investigar um primeiro ponto de insuficiente constitucionalização do Direito Administrativo holandês; esses princípios reitores da atividade administrativa não são, sem mais, reconduzidos a parâmetros jurídicos superiores de controle da Administração ancorados em normas constitucionais³⁶, são tidos, em geral, como princípios regentes da atividade administrativa codificados na Lei Geral de Direito Administrativo. Alguns princípios são vistos como advindos da elaboração jurisprudencial, como a razoabilidade ou proporcionalidade (*evenredigheid*), mas igualmente sem forte lastro constitucional.³⁷ O controle jurisdicional se concentra nos aspectos da preparação das decisões, analisando a legalidade dos atos e sua conformidade com estes princípios explicitados na lei.³⁸ Além disso, há, em geral, uma postura de deferência da justiça administrativa em relação à Administração Pública quanto ao conteúdo das decisões³⁹, evitando interferências na discricionariedade administrativa.⁴⁰

36 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, Codification of administrative law in the Netherlands. In: UHLMANN (red.), Codification of administrative law: a comparative study on the sources of administrative law. Oxford: Hart Publishing, 2023: p. 193-213.

37 Lisette MUSTERT, Ola AL KHATIB, Rob WIDDERSHOVEN, Melanie van ZANTEN. Administrative Law: The Netherlands / Droit administratif: Pays-Bas, *European Review of Public Law*, 36, 2, 2024: p. 695-732.

38 A legalidade encontra fundamento na Constituição mais especificamente como norma acerca da divisão de poderes. Arts. 81 e 89 da Constituição holandesa. Vide, para uma primeira aproximação à compreensão da legalidade/juridicidade na Holanda, C.A.J.M. KORTMAN, *Constitutioneel recht*. Deventer: Wolters Kluwer, 2021, p. 363 ss.

39 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, Codification of administrative law in the Netherlands. In: UHLMANN (red.), Codification of administrative law: a comparative study on the sources of administrative law. Oxford: Hart Publishing, 2023: p. 202.

40 Para uma visão sistemática sobre a proteção judicial na seara do Direito Administrativo, com ampla indicação bibliográfica, vide Lisette MUSTERT, Ola AL KHATIB, Rob WIDDERSHOVEN, Melanie van ZANTEN. Administrative Law: The Netherlands / Droit administratif: Pays-Bas, *European Review of Public Law*, 36, 2, 2024: p. 702 ss.



A divisão de competências entre o Poder Judiciário e a Justiça Administrativa na Holanda ainda é complexa, apesar das normas e da jurisprudência existentes. Além disso, no exercício da jurisdição, tanto os juízes do Poder Judiciário quanto os chamados juízes administrativos são impedidos de revisar a constitucionalidade de leis formais. Eles também não podem avaliar se uma lei formal contraria princípios implícitos da ordem constitucional, nem impor ao Parlamento a obrigação de legislar. Essas restrições refletem uma interpretação do princípio da separação de poderes que confere primazia ao Parlamento no que se refere à produção legislativa e à análise da constitucionalidade das leis. Esse entendimento influencia a aplicação do Direito Constitucional holandês e se reflete claramente na atuação jurisdicional. Além disso, ele molda a abordagem teórica e dogmática do constitucionalismo nos Países Baixos, resultando, na minha visão, em uma menor teorização sobre temas como controle de constitucionalidade, interpretação constitucional e o papel estruturante dos direitos fundamentais. Essa situação pode estar mudando⁴¹, como se verá.

Diante desta breve descrição do escândalo do auxílio-creche e brevíssima aproximação ao sistema de controle da Administração na Holanda, destaca-se o questionamento essencial que recai sobre o desempenho da Justiça Administrativa: como uma estrutura criada para ser mais acessível e menos onerosa ao cidadão e especificamente voltada para o controle da Administração pôde falhar de modo tão sério? Para entender o papel do juiz administrativo nesse escândalo, é necessário situá-lo dentro do contexto constitucional-institucional holandês e das normas

41 Jerfi UZMAN. Onvoltooid Verleden Tijd. De constitutionele legitimiteit van rechterlijke toetsing: Preadvies voor de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR). In Toetsing door de bestuursrechter: Preadviezen uitgebracht voor de VAR - Vereniging voor Bestuursrecht (VAR-Reeks; No. 174). Den Haag: Boom, 2024.

processuais e procedimentais em vigor.⁴² Embora a Justiça Administrativa tenha sido estruturada para reduzir obstáculos ao cidadão em comparação com a Justiça Comum, a ausência de um controle judicial de constitucionalidade influenciou a formação de uma cultura jurisdicional específica, baseada em uma interpretação rígida da separação de poderes, como dito. Esse mesmo Judiciário não tem como atribuição ordinária avaliar a compatibilidade de normas gerais e abstratas com a Constituição, e essa limitação se estende também ao controle de normas infralegais gerais e abstratas pelo juiz administrativo.

No que se refere à proteção jurídica efetiva do cidadão no Direito Administrativo holandês, observa-se uma ausência de enfoque no reconhecimento e desenvolvimento de conceitos clássicos, como o de direito subjetivo público. Em vez disso, o direito se concentra na aplicação eficaz das normas e no desenvolvimento de princípios e regras para orientar a atuação administrativa, sem aprofundar a construção de direitos subjetivos reflexos. Nesse cenário, a função do juiz administrativo se restringe essencialmente à decisão de casos concretos, evitando questionar a juridicidade das normas e sem centrar-se em uma perspectiva pautada por direitos dos cidadãos. Isso ajuda a compreender por que, no caso do escândalo do auxílio-creche, os juízes se abstiveram de analisar a razoabilidade e proporcionalidade da aplicação da norma geral às situações individuais. Ainda mais preocupante é a falta de uma reflexão aprofundada sobre o sistema constitucional, os valores fundamentais e o papel estruturante dos direitos fundamentais na conformação da atuação estatal.

42 VAN GESTEL, VAN LOCHEM. Drie Hoge Colleges van Staat na de toeslagenaffaire. *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht*, 10, 2021: p. 659–668.



O “*toeslagenschandaal*” revelou uma Justiça administrativa incapaz de oferecer proteção jurídica efetiva aos cidadãos.⁴³ Os juízes se limitaram a aplicar a lei de maneira estritamente literal, adotando uma postura deferente à interpretação da Administração, sem considerar as particularidades dos casos concretos e as consequências manifestamente desproporcionais de suas decisões. Não se deve esquecer que o recurso ao juiz administrativo se deu porque os problemas levados à Administração não foram resolvidos no âmbito do procedimento administrativo.

Diante desta situação, verificou-se a necessidade de tomar providências relativas ao aparato estatal para dar resposta e tentar recompor a situação causada pelo “*toeslagenschandaal*”. Uma das providências é a alteração da Lei Geral de Direito Administrativo de modo a fortalecer a sua função de garantia; a alteração se deve empreender por meio de uma proposta de lei que recebeu exatamente este nome, em tradução literal: Lei de fortalecimento (reforço) da função garantística da Lei Geral de Direito Administrativo (*Wet versterking waarborgfunctie Awb*). Essa alteração legal encarta-se em um “movimento” por um Direito Administrativo com dimensão humana (*menselijke maat*) ou um Direito Administrativo direcionado às pessoas (*mensgericht bestuursrecht*). Não há como discutir todas as facetas desta alteração ou deste “movimento”, vou ater-me ao que importa para este texto. Destaco mais uma vez que, na minha visão, a questão central toca a constitucionalização do Direito

43 Ymre SCHUURMANS. Procesrechtelijke lessen uit de Toeslagenaffaire. *Nederlands Juristenblad*, 96(37), 2021: p. 3104-3106; Ymre SCHUURMANS. Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem? *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 6, 2021: p. 205-207.

Administrativo⁴⁴, seu ancoramento em documento normativo superior e fundante que congregue não só a organização do Estado, mas os direitos fundamentais, os vetores axiológicos da ordem jurídica.

É importante salientar que a discussão acerca da constitucionalização do Direito Administrativo na Holanda parece chocar-se com entraves específicos acerca do papel da Constituição em uma tradição jurídica em vários aspectos bastante distinta das tradições brasileira e portuguesa. Não obstante, a necessidade de constitucionalização transparece clara, na minha visão, nesta discussão acerca da mudança da Lei Geral de Direito Administrativo. Como se verá, a proposta de alteração se insere nesta busca por um Direito Administrativo com dimensão humana, mas não há uma alteração suficiente da lei no sentido de se reconhecerem direitos ou outros meios capazes de significativamente reforçar a posição jurídica do cidadão em face da Administração. Talvez em virtude desta fraqueza da proposta de alteração legal, se verifique uma paralela invocação de novos direitos; parece que uma relação mais equilibrada entre o cidadão e a Administração passa, necessariamente, pelo reconhecimento de efetivos direitos para o cidadão.

44 Interessante análise sobre a “fraqueza” do Direito Administrativo mostrada pelo escândalo do auxílio-creche e a necessidade de sua constitucionalização é oferecida por HUISMAN, JAK. *Constitutionalising van het bestuursrecht: naar een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen*. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 5, 2023: p. 263-273. Aqui parece encontrar-se uma visão mais próxima ao que o Professor Sérvulo Correia, e a literatura de outros quadrantes, refere como constitucionalização. Veja-se que os autores asseveram que não se dá a devida atenção ao termo/fenômeno e se posicionam: *“Nesta contribuição, adotamos uma abordagem diferente. Nosso foco é a (maior) consolidação do Direito Administrativo geral na Constituição e a influência que a Constituição exerce sobre o funcionamento do legislador, da administração e do juiz administrativo.”*



4. UM SÉTIMO TRAÇO DO DIREITO ADMINISTRATIVO (?): O DIREITO ADMINISTRATIVO COMO VETOR DE DESCOBRIMENTO DE NOVOS DIREITOS (OU COMO VETOR FERTILIZADOR DO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS)

Partindo da análise da situação holandesa, queria atrever-me, mas de forma muito incipiente, a propor mais um traço a somar com os seis propostos e desenvolvidos pelo Professor Sérvulo Correia: o Direito Administrativo como vetor de descobrimento de (novos) direitos.

Seria possível enfrentar esta proposta discutindo se se trata de novos direitos subjetivos públicos, novos direitos fundamentais, novas posições jusfundamentais, novos direitos implícitos, novos direitos adscritos etc. Isso não me interessa neste momento e poderá ser investigado em outra oportunidade e de acordo com as peculiaridades dos diversos sistemas jurídicos. O que pretendo neste momento, é perquirir se é razoável identificar como traço marcante do Direito Administrativo no século XXI constituir-se como vetor de descobrimento e desenvolvimento de novos direitos, mormente fundamentais. E parece-me, pelo menos a princípio, que sim, especialmente no campo do Direito Administrativo procedimental e processual, mas não só.

Megan Pfiffer publicou recentemente um artigo que tem exatamente como título *“Administrative Law as a Source of Rights”*, no qual ela apresenta uma teorização do controle judicial da atuação administrativa baseada em direitos.⁴⁵ Poder-se-ia dizer que se trata de leitura que se aproxima do percurso de subjetivação do controle judicial da Administração, mas

⁴⁵ Megan PFIFFER, *Administrative Law as a Source of Rights*. *Mod Law Rev.*, 88, 2025: p. 366-388.

sua análise tem pontos mais sofisticados que não se resumem a isso.⁴⁶ A transmutação dos instrumentos de controle da legalidade administrativa em instrumentos que incorporam a posição do indivíduo como sujeito e como sujeito titular de direitos, em várias dimensões abarcada pela ideia de subjetivação do processo⁴⁷ e do procedimento mas podendo ir além disso, pode desembocar no desenvolvimento de diversos direitos.⁴⁸

A discussão acerca da subjetivação do contencioso administrativo e também do procedimento administrativo não é nova em várias jurisdi-

46 Veja-se este trecho: *“These scholars identified several developments in the law of judicial review, including most significantly the embrace of proportionality review when human rights are engaged by administrative decisions, to signal a sort of rights-based reformation of administrative law. The rights-based theory of judicial review I have proposed is different from the ‘righting-thesis’, for the former suggests that judicial review of administrative action protects distinctive administrative law rights. Of course, human rights contained in constitutional and statutory instruments will be relevant to whether those distinctive administrative law rights are satisfied in some cases. But my emphasis is on the rights that I take to be indigenous to administrative law, not on the rights external to administrative law that are relevant depending on the case before the court. These administrative law rights are always at stake in judicial review cases, regardless of the contingent circumstances.”* (Megan PFIFFER, Administrative Law as a Source of Rights. *Mod Law Rev.*, 88, 2025: p. 366-388.)

47 Vide, para uma aproximação a esta discussão sobre o processo administrativo, Vasco M. P. D. P. SILVA, *Para um contencioso administrativo dos particulares*: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação.

48 E mais adiante: *“The third reason to commit to a rights-based theory of judicial review, and the reason I think is most compelling, is the image of the person that emerges from it. We can get a sense of this image by contrasting it against the image of the person that emerges from the alternatives. Recall that these theories suggest that the duties of administrators are owed to the public as a whole, rather than to any specific individual. According to these theories, people subject to administrative decisions are acted upon by the state but have no distinctive standing to make claims about the validity of those actions. They come to court as just one of the members of the public who could do so, and make claims not on their own behalf, but on behalf of the public. Things look different within a rights-based theory. The subjectivity of the person who comes before the court matters. They are recognised as a distinct individual, with rights that must be recognised and accounted for in their encounters with the administrative state. These rights allow them to make distinctive demands of the state, including that administrators make decisions that are procedurally fair and justified according to law. This, I think, is a far more attractive picture than those provided by theories of judicial review that marginalise the legal subject entirely. In fact, it may be precisely what makes the law of judicial review worth having.”* (Megan PFIFFER, Administrative Law as a Source of Rights. *Mod Law Rev.*, 88, 2025: p. 366-388.)



ções e mereceu especial atenção e elaboração no contexto do Direito Público português, no qual certamente se destaca a contribuição do Professor Sérvulo Correia.⁴⁹ Gostaria de propor que a subjetivação fosse o pano de fundo deste sétimo traço, mas gostaria de ir além e suplantar a discussão mais centrada no Direito Administrativo e no controle da administração por meio do processo e do procedimento, suplantar a discussão da tensão entre a restauração da legalidade e/ou a proteção de posições jurídicas subjetivas dos indivíduos.⁵⁰ Gostaria que a atenção se focasse no Direito Administrativo como capaz de incrementar o conjunto de direitos dos indivíduos e não somente no plano processual ou procedimental, mas igualmente no plano substantivo.⁵¹ E gostaria que o reconhecimento de direitos não se resumisse à subjetivação de princípios (constitucionais) de boa administração ou de deveres impostos à Administração, mas se abrisse para a possibilidade de o Direito Administrativo ser a força-motriz deste reconhecimento a partir das mudanças na atividade administrativa, principalmente as geradas pelo uso de tecnologias.⁵²

49 Sérvulo CORREIA. Direito do contencioso administrativo. Lisboa: Lex, 2005.

50 Para uma aproximação à discussão sobre a subjetivação do procedimento, como reconhecimento de direitos e interesses legalmente protegidos, especialmente ligados à participação procedimental, com indicações bibliográficas, consulte-se Luísa NETTO. *Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantia, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte, Fórum, 2009, especialmente p. 75 ss, 136 ss.

51 Um exemplo talvez se possa encontrar no cenário brasileiro com a previsão constitucional de um direito ao transporte, na sua faceta de serviço público. Fazemos uma primeira aproximação a este direito em Daniel HACHEM, Camila SIMM, Luísa NETTO. O transporte como direito fundamental social e o serviço público de transporte coletivo municipal (artigo aceito para publicação Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, da Faculdade Unisinos).

52 Não sou a favor de uma “inflação desregulada” de direitos fundamentais (*rights inflation ou rights overreach*). Não é este o local para explicitar minha compreensão acerca da abertura do sistema de direitos fundamentais, que certamente tem que ser parametrizada. Desenvolvi estas ideias em Luísa NETTO, *A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional*. Curitiba: Ithala, 2016.

As experiências portuguesa e brasileira sob, respectivamente, as Constituições de 1976 e 1988 mostram, no meu entender, dimensões desse traço do Direito Administrativo. A partir das disposições constitucionais que claramente ancoram constitucionalmente a atividade administrativa e o Direito Administrativo, desdobrou-se um desenvolvimento legislativo, jurisprudencial e também teórico que coroou e enriqueceu esta constitucionalização.

O Professor Sérvulo Correia, juntamente com Francisco Paes Marques, elaborou o fenômeno da constitucionalização, identificando cinco linhas ou ideias força, quais sejam: *“a força ordenadora ou diretiva da Constituição, a força irradiante dos direitos fundamentais, a força estruturante dos princípios jurídicos, a força garantística dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos, a força omnicomprensiva do princípio da tutela jurisdicional efetiva”*.⁵³ Seguindo essa lição, pela qual se vê que o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo tem vários desdobramentos, poder-se-ia alegar que um destes desdobramentos é exatamente o descobrimento, o reconhecimento de novos direitos. Parece-me, no entanto, justificável indicar esses traços autonomamente – a constitucionalização e o reconhecimento de direitos –, em virtude de suas características específicas e para chamar a atenção para ambos de forma distinta.

É interesse ilustrar o que se vem de dizer. Como dito anteriormente, toma-se como premissa a gradual constitucionalização do Direito Administrativo ocorrida em Portugal e no Brasil, seguindo o advento, respectivamente, das Constituições de 1976 e 1988, e o consequente desenvolvi-

53 Sérvulo CORREIA, Francisco PAES MARQUES, *Noções de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 104-106.



mento de legislação concretizadora. O tratamento jurídico sistematizado pela legislação da relação entre a Administração e o cidadão levou à especificação (ou criação) de diversos direitos (constitucionais e legais), direitos esses que passaram a merecer teorização acadêmica e aplicação prática pela jurisprudência. Não seria exagero dizer que a alteração da Lei Federal de Processo Administrativo no Brasil pode ser creditada à prática que se seguiu à entrada em vigor desta lei, seja a sua aplicação pela Administração e no controle jurisdicional, seja a elaboração doutrinária que gerou.

Veja-se que a reforma da Lei Federal de Processo Administrativo brasileira traz como principalmente alteração a transformação desta lei de lei federal em lei nacional. Vislumbro aqui um sinal relevante no sentido do alargamento de direitos procedimentais para assegurar sua garantia em todos os quadrantes da Administração Pública brasileira, não apenas federal, mas também as Administrações estaduais e municipais. A alteração visa, para além de atender a imperativos de simplificação e uniformização, certamente a estender diversas garantias especificadas na Lei a todas as Administrações Públicas brasileiras, protegendo posições subjetivas dos cidadãos em suas relações com todas estas Administrações. De fato, a prática administrativa se mostrou por anos anacrônica, quer do ponto de vista de uma certa necessidade de uniformidade para a atuação administrativa em face do cidadão, quer do ponto de vista da distribuição de competências no modelo federativo brasileiro. A jurisprudência tentou responder a isso, mormente à ausência de normas em várias esferas federativas, aplicando a Lei Federal. A sua transformação em Lei Nacional não deve ser vista, então, propriamente como, para o que interessa nesta oportunidade, criadora sem mais de direitos. Mas não resta dúvida de que a expansão clara de garantias subjetivas por meio da lei para todas as esferas administrativas brasileiras condiz com a ideia de Direito Administrativo como vetor de fertilização do sistema de direitos.

Feita esta breve menção, não vou explorar os cenários brasileiro e português em que estas questões têm merecido a atenção da doutrina mais abalizada e são conhecidas da comunidade jurídica lusófona. Vou tentar oferecer algum material para reflexão a partir do cenário holandês.

Na Holanda, ao contrário do Brasil e de Portugal, o Direito Administrativo não possui um ancoramento constitucional, seja por meio de grandes princípios, como o artigo 37 da Constituição Brasileira, seja por meio de direitos específicos incidentes na relação entre indivíduo e Administração.⁵⁴ A Lei Geral de Direito Administrativo não é tida como desenvolvimento ou concretização de normas constitucionais voltadas a disciplinar a atividade administrativa e a Constituição não tem grande importância como fonte do Direito Administrativo.⁵⁵ Isso torna mais difícil a interconexão entre Direito Administrativo e Direito Constitucional, exigindo que suas influências mútuas sejam buscadas por outros meios. Como a Constituição não funciona como inspiração ou fonte normativa⁵⁶ para a interpretação e aplicação do Direito Administrativo, as alterações propostas na Lei Geral de Direito Administrativo na Holanda assumem um caráter diferente das reformas sugeridas no Brasil, pois carecem de um vínculo sistêmico mais direto com a Constituição.

54 Para a indicação e explicação de normas comparáveis a estas no Direito Constitucional português, vide Sérvulo CORREIA, Francisco PAES MARQUES, *Noções de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 183 ss.

55 Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, Codification of administrative law in the Netherlands. In: UHLMANN (red.), *Codification of administrative law: a comparative study on the sources of administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 2023: p. 193-213.

56 Sobre a Constituição como fonte do Direito Administrativo no ordenamento jurídico português, vide Sérvulo CORREIA, Francisco PAES MARQUES, *Noções de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 183 ss.



Na Holanda, a proposta de alteração da Lei Geral de Direito Administrativo pode ser reconduzida a oito pontos principais⁵⁷: a possibilidade de afastamento de regra em caso de aplicação desarrazoada, mesmo no caso de competência vinculada advinda de preceito de lei formal; o prolongamento do prazo para reclamação e recurso (*bezwaar en beroep*); a revisão de regras sobre cobranças de dívidas pecuniárias; a expansão do dever de motivação administrativa para um dever de motivação compreensível; a criação de um dever de não aplicação de norma para a Administração em caso de aplicação desarrazoada de determinada política (regra geral, regulamento, *beleid*); o incentivo ao contato informal entre cidadãos e a Administração; o direito à correção de erros evidentes (*aanspraak op herstel van kennelijke fouten*)⁵⁸; a criação de mais possibilidades de decisões interlocutórias para o juiz administrativo para fazer existir uma maior interação e participação do cidadão no esclarecimento de falhas probatórias (*burgerlus*).⁵⁹ Essas propostas de alteração têm merecido uma apreciação crítica pela comunidade acadêmica, como se verá.

As discussões que ora se verificam no campo do Direito Administrativo para enfrentar a crise gerada pelo escândalo do auxílio-creche

57 Ymre SCHUURMANS Schuurmans, Codificatie van mensgericht bestuursrecht, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 183(6), 2022: p 269-272.

58 Importante explicar que a proposta de alteração da lei prevê a possibilidade de correção de erros por parte do órgão administrativo, não por parte do cidadão, esta é uma outra discussão, mas que não encontrou eco na proposta de alteração legal. Veja-se Femke BINNENDIJK, Olaf van LOON. Tot besluit: enkele bespiegelingen over de Wet versterking waarborgfunctie Awb in relatie tot de primaire fase. *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, okt, nr. 3, 2024: p. 160.

59 Sobre o “*burgerlus*” e explicando que não se trata de um direito ao erro, veja-se Rens KOENRAAD, Ymre SCHUURMANS, De burger en zijn dode mus: een beschouwing over de noodzaak om de burgerlus materieel te duiden. In: ETTEKOVEN, GROOTJUISJE, MARSEILLE, KORSSE, UYLENBURG, WIDDERSHOVEN (red.), *Evenwichtig bestuursrecht: voortbouwen op het wetenschappelijk werk van Ben Schueler*. Den Haag: Boom, 2024: p. 97-107.

encartam-se na busca por uma Administração responsiva⁶⁰, por um Direito Administrativo que incorpore a perspectiva do cidadão, a dimensão humana. O atendimento deste objetivo parece estar sendo perseguido não (também) por meio de propostas de previsões constitucionais voltadas diretamente à Administração Pública, mas por meio (da crítica à insuficiência) da proposta de alteração da Lei Geral de Direito Administrativo acompanhada por propostas de reconhecimento de “novos direitos”. Certamente uma forma de enquadrar o funcionamento da Administração Pública é incrementar o instrumental jurídico do cidadão, do indivíduo, em face desta Administração, o que se pode fazer por meio do reconhecimento de direitos (fundamentais) nas relações administrativas. Esse contexto parece justificar que a Holanda se mostre como um caso interessante para investigar a constitucionalização do Direito Administrativo e sua função fertilizadora do sistema de direitos fundamentais.

Talvez haja (uma certa) resistência à constitucionalização do Direito Administrativo por causa da tradição constitucional holandesa, que de alguma forma procura se agarrar à ideia de que se tem e se deve continuar tendo o que se chama de “constituição sóbria”. Não obstante, essa constitucionalização parece impor-se, mesmo diante da existência de normas do Direito Europeu e do Direito Internacional, que poderiam tornar a constitucionalização supérflua em virtude de seu grande impacto e

60 A discussão acerca de uma Administração responsiva na Holanda me remete ao estudo do Professor Sérvulo Correia acerca da responsabilidade democrática da Administração, no qual o Professor mostra *“que o controlo judicial da Administração representa um instrumento (se bem que não o único) de efetivação da responsabilidade democrática da Administração.”* O Professor também salienta que *“a accountability é transversal ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo.”* (Sérvulo CORREIA. Controle judicial da Administração e responsabilidade democrática da Administração. In: Luísa NETTO, Eurico BITENCOURT NETO. *Direito Administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte, Forum: 2012, p. 299-315.)



importância nesta ordem jurídica. A necessidade de normas domésticas de hierarquia superior a impor determinados vetores para o funcionamento do Estado, especialmente da Administração Pública, a partir de conteúdos jusfundamentais, no mesmo conjunto normativo que organiza este Estado e seus poderes, qual seja, a Constituição, parece insuperável.⁶¹ Como deixam antever as discussões acerca da adoção de “novos direitos”, a constitucionalização do Direito Administrativo no âmbito doméstico se mostra necessária quanto aos direitos dos cidadãos, pois é apta a operar uma customização de tais direitos em relação à realidade nacional, bem como ofertar garantias para além dos mínimos previstos em legislação internacional.⁶²

Parece-me que no Brasil e em Portugal a constitucionalização do Direito Administrativo para além da previsão de diversos princípios e regras sobre a atividade administrativa, também contou com alguns direitos fundamentais e levou ao desenvolvimento de um arsenal de direitos para o cidadão nas relações jurídico-administrativas, bem como direitos processuais. No Brasil essa circunstância é bastante clara no que tange, por exemplo, ao direito ao “devido processo legal”, desdobrando-se nos direitos à ampla defesa e contraditório, bem como ao direito ao prazo razoável, mais tardiamente inserido no arcabouço constitucional; disposições que levaram ao desenvolvimento de diversos direitos referentes ao procedimento administrativo, hoje corporificados em diversas disposições legais. A mesma situação parece-me poder ser referida quanto

61 Parecem compartilhar desta ideia HUISMAN, JAK. *Constitutionalisering van het bestuursrecht: naar een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen*. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 5, 2023: p. 263-273.

62 Rob WIDDERSHOVEN. *Recht op een eerlijk proces: overbodige toevoeging of revolutionaire potentie?* In: GERARDS, GOOSSENS, VAN VUGT (Eds.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetwijzigingen van 2022*. Den Haag: Boom, 2023: p. 221.

a Portugal. Certamente há um entranhamento e um movimento de influência mútua entre constitucionalização e desenvolvimento de (novos) direitos. Mas parece que no Brasil e em Portugal a força motriz foi a previsão constitucional de normas de Direito Administrativo, de normas sobre a atividade administrativa – a Constituição como fonte de normas de Direito Administrativo –, que levou a essa expansão dos direitos incidentes nas relações jurídico-administrativas. Será que na Holanda vai ocorrer um movimento inverso? Por meio do desenvolvimento, ou pelo menos da reivindicação de reconhecimento, de (novos) direitos vai se impulsionar um movimento mais amplo de constitucionalização do Direito Administrativo, de previsão constitucional de normas reitoras da atividade administrativa?

Na Holanda, parece estar-se buscando a subjetivação do Direito Administrativo⁶³, algo que, como dito, não é novo. Mas não há outra interpretação possível quando se discute literalmente como incluir a dimensão humana no Direito Administrativo, como fazer o Direito Administrativo se voltar para as pessoas.⁶⁴ Esser e Becker destacam a necessidade da alteração proposta para a Lei Geral de Direito Administrativo com vistas a reforçar a proteção da posição jurídica do cidadão em face da Administração (*rechtspositie van de burger*).⁶⁵ Binnendijk e van Loon, por sua vez, escrevem: “*Explicar o que entendemos por uma Lei Geral de Direito Ad-*

63 Ymre SCHUURMANS, Joyce ESSER, Generations of Administrative Procedure in the Netherlands: towards a Third Generation?. In: KMIECIK (red.), *Contemporary Concepts of Administrative Procedure. Between Legalism and Pragmatism. Comparative legal studies*. University of Łódź. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego-Wolters Kluwer, 2023: p. 81-94.

64 Joyce ESSER, Roel BECKER. *Reactie op preconsultatieversie wetsvoorstel ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’*. Universiteit Leiden, 2023.

65 Joyce ESSER, Roel BECKER. *Reactie op preconsultatieversie wetsvoorstel ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’*. Universiteit Leiden, 2023.



*ministrativo (Awb) voltada para as pessoas: Isso inclui conceitos amplamente utilizados, como personalização ou aplicação sob medida (maatwerk) e responsividade (responsiviteit), mas para nós, uma Awb voltada para as pessoas significa mais do que isso. Abrange todas as propostas que possam ter um impacto positivo, especialmente para indivíduos que lidam com o Direito Administrativo. Como escrevemos (...), isso pode envolver a criação de procedimentos mais acessíveis, decisões mais compreensíveis, uma melhor adaptação à capacidade de ação do cidadão (doenvermogen) e maior flexibilidade para se desviar de procedimentos e regras quando a situação específica assim exigir.”*⁶⁶ Esses autores não mencionam sempre direitos ou propriamente posições subjetivas dos cidadãos, mas verifica-se claramente que pregam uma viragem para o cidadão e em alguns casos discutem se se deveria prever um *direito* ou um *se princípio* para a atuação da Administração seria o bastante, como é o caso “*princípio de serviço*”⁶⁷ (*dienstbaarheidsbeginself*)⁶⁸.

É interessante notar que diversos autores holandeses se manifestam positivamente sobre a proposta de alteração da Lei Geral de Direito Administrativo, identificando sua necessidade. Por outro lado, quando se debruçam sobre a tão propagada urgência em reformar o Direito Ad-

66 Femke BINNENDIJK, Olaf van LOON. Tot besluit: enkele bespiegelingen over de Wet versterking waarborgfunctie Awb in relatie tot de primaire fase. *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, okt, nr. 3, 2024: p. 155.

67 Sobre o princípio, traduzido para o inglês como “*service principle*”, veja-se Lissette MUSTERT, Ola AL KHATIB, Rob WIDDERSHOVEN, Melanie van ZANTEN. Administrative Law: The Netherlands / Droit administratif: Pays-Bas, *European Review of Public Law*, 36, 2, 2024: p. 701 ss; veja-se também, Femke BINNENDIJK, Olaf van LOON. Tot besluit: enkele bespiegelingen over de Wet versterking waarborgfunctie Awb in relatie tot de primaire fase. *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, okt, nr. 3, 2024: p. 154-174.

68 Femke BINNENDIJK, Olaf van LOON. Tot besluit: enkele bespiegelingen over de Wet versterking waarborgfunctie Awb in relatie tot de primaire fase. *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, okt, nr. 3, 2024: p. 155-157.

ministrativo para torná-lo voltado aos indivíduos ou cunhá-lo com uma dimensão humana, mostram-se decepcionados com a amplitude da proposta, apontando várias chances perdidas. Essas chances perdidas, não por acaso, referem-se frequentemente ao fortalecimento da proteção da posição jurídica do cidadão e por vezes à consagração de direitos, como é o caso do “direito ao erro”, do “direito a ter um contato humano”.⁶⁹

A importância dos direitos para o reforço da posição jurídica do cidadão em face do Estado parece-me inegável, ainda que muitas facetas devam ser investigadas e nem todo interesse ou valor digno de proteção jurídica seja passível de proteção adequada por meio da consagração de um direito propriamente dito. O caso holandês reveste-se de peculiaridades já explicitadas; quer-se manter a Constituição sóbria, não há controle de constitucionalidade, a constitucionalização do Direito Administrativo é muito incipiente, a proposta de alteração da Lei Geral de Direito Administrativo que deve fortalecer o seu papel garantístico não prevê incremento no instrumental de direitos do cidadão.⁷⁰ Há muitos problemas aqui envolvidos e que não podem ser discutidos neste pequeno texto. Para o que interessa para o momento, basta referir que, paralelamente à proposta de alteração da Lei Geral de Direito Administrativo, há variadas propostas para o reconhecimento de “novos direitos” diretamente referenciados às relações entre os cidadãos e a Administração Pública. Talvez a discussão acerca da necessidade de reforma da Lei Geral, impulsiona-

69 Joyce ESSER, Roel BECKER. *Reactie op preconsultatieversie wetsvoorstel ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’*. Universiteit Leiden, 2023; Femke BINNENDIJK, Olaf van LOON. Tot besluit: enkele bespiegelingen over de Wet versterking waarborgfunctie Awb in relatie tot de primaire fase. *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, okt, nr. 3, 2024: p. 155-174; Ymre SCHUURMANS Schuurmans, Codificatie van mensgericht bestuursrecht, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 183(6), 2022: p. 269-272.

70 Joyce ESSER, Roel BECKER. *Reactie op preconsultatieversie wetsvoorstel ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’*. Universiteit Leiden, 2023.



da pelo escândalo do auxílio-creche, leve por via transversa a uma mais substancial constitucionalização do Direito Administrativo na Holanda. Uma eventual previsão de novos direitos referentes à relação cidadão-Administração dificilmente deixará incólume o Direito Administrativo da contaminação pela Constituição.

A partir de outra perspectiva, parece haver uma vertente comum à proposta de reconhecimento de novos direitos e ao questionamento da proibição de controle judicial de constitucionalidade. Também esta, a alteração da proibição de controle judicial de constitucionalidade, poderá eventualmente ser uma via que contribuirá para a constitucionalização do Direito Administrativo holandês. Trata-se, ao fim e ao cabo, de reforçar a posição jurídica do cidadão em face do Estado, em face de todos os poderes estatais⁷¹, o que passa pelo fortalecimento da Constituição e dos direitos fundamentais, com efeitos irradiantes sobre o Direito Administrativo.

Schuurmans, Leijten e Esser, em estudo sobre o “Direito Administrativo sob medida” (*bestuursrecht op maat*) tangenciam a crescente atenção para direitos humanos e fundamentais na seara do Direito Administrativo. As autoras citam o artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que prevê o direito a uma boa administração. A partir desta constatação explicitam a necessidade de consagração e desenvolvimento de direitos fundamentais (constitucionais) na seara do Direito Administrativo holandês. Elas escrevem: “*Como tal, este artigo representa um passo importante na direção da consagração constitucional*

71 Ymre SCHUURMANS, Joyce ESSER, Generations of Administrative Procedure in the Netherlands: towards a Third Generation?. In: KMIĘCIAK (red.), *Contemporary Concepts of Administrative Procedure. Between Legalism and Pragmatism. Comparative legal studies*. University of Łódź. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego-Wolters Kluwer, 2023: p. 90.

do direito à boa administração. Isso pode ser considerado relevante ao observarmos o crescimento das atribuições da Administração, conforme discutido anteriormente, e o impacto que isso tem na vida de cada indivíduo. A Constituição holandesa – diferentemente de algumas outras constituições – dedica pouca atenção explícita à Administração e, em todo caso, não o faz no contexto dos direitos individuais nela previstos.”⁷²

Julicher também argumentou que a inclusão do direito a uma administração pública adequada na Constituição é essencial, dado o aumento das responsabilidades do governo e, conseqüentemente, das interações entre cidadãos e a Administração. Ela apontou, entre outras razões, que isso daria legitimidade à atuação judicial no desenvolvimento dos princípios da boa administração, permitindo respostas mais adequadas às mudanças sociais e tecnológicas. Como proposta, Julicher sugeriu a seguinte formulação, inspirada no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: *“Toda pessoa tem o direito de que seus assuntos sejam tratados de forma imparcial, adequada e dentro de um prazo razoável pela Administração Pública.”* Este direito, em sua visão, deve ser exigível perante o juiz. Julicher asseverou, ainda, que a inclusão de um direito desse tipo na Constituição poderia parametrizar o exercício do poder administrativo em bases constitucionais, aumentando a visibilidade e a regulamentação da função administrativa pela Constituição, o que é essencial para fortalecer sua força jurídico-normativa.⁷³

72 Ymre SCHUURMANS, Ingrid LEIJTEN, Joyce ESSER, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden, 2020, p. 23.

73 Manon JULICHER. *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*. Doctoral thesis. Utrecht University, 2020. Interessante referir que Sérvulo Correia, em seu artigo, menciona o princípio da boa administração tratando exatamente da constitucionalização do Direito Administrativo (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 48).



Há outras manifestações favoráveis ao reconhecimento constitucional de um direito à boa administração, como é o caso de Huisman e Jak⁷⁴, e a atenção para a necessidade de incrementar a relação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo parece clara na doutrina holandesa.

Schuurmans faz uma interessante análise da constitucionalização do Direito Administrativo na África do Sul e reflete sobre a Holanda, terminando por afirmar: *“Neste ponto, tenho boas esperanças para o Direito Administrativo holandês. Sem recorrer a grandes discursos (mas com conceitos modernos como responsividade, ...), estamos nos afastando da visão do século XIX sobre a separação de poderes e avançando em direção a uma concepção mais contemporânea de democracia. Por mim, essa evolução poderia ter um caráter mais constitucional, por exemplo, na forma de um direito geral a uma administração legal, razoável e procedimentalmente justa. Um direito fundamental desse tipo fortaleceria tanto a proteção jurídica quanto a função jurídico-normativa da Constituição, como recentemente defendeu Manon Julicher. Para o Direito Administrativo, isso poderia ser uma bênção, pois traria mais atenção ao cerne de uma boa governança – e de um bom Direito Administrativo. Os juristas dessa área, por vezes, parecem tão absorvidos por questões técnicas de definição e pela lógica interna da Awb (ou da legislação setorial) que sobra pouca atenção para os valores fundamentais que o Direito Administrativo, com todas as suas definições e normas procedimentais, deveria promover: uma administração legal, razoável e procedimentalmente justa para os cidadãos.”*⁷⁵

74 HUISMAN, JAK. Constitutionalisering van het bestuursrecht: naar een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 5, 2023: p. 263-273.

75 Ymre SCHUURMANS. ‘De goede hoop – op constitutionele verankering van het bestuursrecht’, *RM Themis*, afl. 3, 2020: p. 105-108.

É interessante seguir o raciocínio de Schuurmans, Leijten e Esser, talhado ao contexto holandês, para verificar que uma constitucionalização de princípios da boa administração não preclui necessariamente a necessidade de reconhecimento de “novos direitos” na seara do Direito Administrativo. Atualmente, como dito, a Constituição holandesa não prevê expressamente um direito fundamental à boa administração. No entanto, o debate evidencia uma crescente conscientização sobre o papel ampliado e significativo da Administração Pública, bem como a necessidade de estabelecer diretrizes claras para sua atuação. Princípios como equidade e boa governança ressaltam a importância de garantir proporcionalidade nas decisões administrativas. No entanto, a ideia de um direito à boa administração reforça essa perspectiva, pois implica que o tratamento dispensado ao cidadão e às decisões tomadas deve ser justo e adequado às circunstâncias específicas de cada caso. Dessa forma, estabelece-se uma conexão clara com a necessidade de soluções sob medida, ou com foco no cidadão, na aplicação do Direito Administrativo.⁷⁶

É interessante registrar que a discussão sobre a inclusão de “novos direitos administrativos” na Constituição holandesa não é nova. Já em 2000, a Comissão-Franken propôs a inclusão de um novo direito fundamental no capítulo 1 da Constituição, garantindo o acesso à informação mantida pelo governo, como complemento ao artigo 110 da Constituição. A sugestão previa que: *“1. Toda pessoa tem o direito de acessar as informações em posse do governo, podendo esse direito ser limitado por lei. 2 O governo deve garantir a acessibilidade dessas informações.”* Interessante notar o que se escreveu nesta oportunidade: *“A Constituição dos Países Baixos tem um caráter sóbrio. Esse caráter implica que um direito*

⁷⁶ Ymre SCHUURMANS, Ingrid LEIJTEN, Joyce ESSER, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden, 2020, p. 24.



à informação deve ser incluído na Constituição apenas se for realmente essencial para o funcionamento pessoal e social dos cidadãos. O caráter sóbrio da Constituição dos Países Baixos também significa que, se um direito for incorporado como um direito fundamental, apenas os aspectos essenciais desse direito devem ser estabelecidos. Outra característica é o sistema aberto da Constituição. Essa característica implica que nem todos os direitos fundamentais precisam ser incluídos na Constituição.”⁷⁷

O direito de acesso à informação não consta (ainda) da Constituição, apesar de as discussões acerca de sua previsão terem se intensificado com a entrada em vigor da Lei do Governo Aberto (*Wet open overheid*) de 2022, que regula a transparência administrativa por meio da divulgação de informações pelo governo holandês.⁷⁸

77 Commissie-Franken 2000, *Commissie grondrechten in digitale tijdperk*. (https://www.eerstekamer.nl/publicatie/20000501/commissie_grondrechten_in_het)

78 Sobre um direito legal à informação, vide Louis HONÉE, Annemarie DRAHMAN. *The right to access public information: a legal comparison between Sweden and the Netherlands, Review of European Administrative Law* (3/4), 2024: p. 7-38. Mais especificamente sobre a posição do cidadão nos processos administrativos relativamente à informação, veja-se Annmarie DRAMANN, Ymre SCHUURMANS, Louis HONÉE, OTTEN, *Hoe kan in het bestuursprocesrecht de informatiepositie van de burger worden versterkt?*. Leiden: Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, 2024. Significativa é esta passagem destes autores (p. 13-15), se pensarmos, por exemplo, no impacto da ampla defesa, prevista constitucionalmente no Brasil, sobre os procedimentos administrativos e o controle judicial da administração: “O princípio do ‘ouvir e ser ouvido’ (Hoor en wederhoor) está intimamente ligado ao princípio da defesa. Sobretudo sob a influência da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tem-se dado mais atenção à garantia do direito de defesa dentro dos procedimentos legais. Esse princípio estabelece que a parte acusada deve ter acesso a todos os documentos apresentados ao tribunal, permitindo que ela fundamente adequadamente seus argumentos. De forma concreta, o princípio da defesa garante o direito de receber informações e o direito de acesso ao processo, incluindo todas as informações favoráveis e desfavoráveis à parte envolvida.” E mais adiante: “Diferentemente do que exige o princípio da defesa no direito da União Europeia, atualmente não existe, com base na Lei Geral de Direito Administrativo (Awb), um direito geral de acesso ao processo durante ou antes da tomada de decisão administrativa. A nova versão da Awb (Wvva Awb) pode trazer mudanças nesse sentido, pois impõe a obrigação ao órgão administrativo de conceder acesso a todos os documentos relevantes do caso no momento da publicação da decisão. Esse tema será abordado com mais detalhes no Capítulo 3.” O relatório é grande e há nuances não relatadas nesta passagem que ajudam a entender toda a questão. Ainda assim, me pareceu sintomática esta passagem.

Em 2022 houve uma alteração na Constituição holandesa que, para além de outros aspectos, incluiu a previsão expressa de um direito a um processo justo (art. 17, 1, *recht op een eerlijk proces*). Certamente este direito tem amplitude maior do que o âmbito do Direito Administrativo ou da justiça administrativa, mas não resta dúvida de que para o cidadão sua relevância se insere primordialmente em suas relações com a Administração e seu controle. No caso holandês, parece-me possível identificar a ligação clara da prática jusadministrativista com a constitucionalização deste direito. Widdershoven escreve: *“As razões para incluir o direito a um processo justo e o acesso à justiça no artigo 17, parágrafo primeiro, da Constituição foram amplamente debatidas ao longo da história constitucional. Em primeiro lugar, essa inclusão tem uma função simbólica importante para o cidadão, deixando claro que o legislador constitucional considera essencial a garantia das salvaguardas de um processo justo. Dessa forma, essa disposição pode contribuir para o fortalecimento ou a restauração da confiança dos cidadãos no Estado de Direito e no sistema judiciário holandês.”*⁷⁹ Widdershoven discute a mais-valia da inclusão ou previsão explícita deste direito na Constituição holandesa, mormente diante da existência de previsões em normas internacionais e europeias válidas na ordem jurídica holandesa e assevera: *“... vários membros da Segunda Câmara [uma das Casas do Parlamento holandês] destacaram a importância desse direito no contexto do escândalo do auxílio-creche e do grave desrespeito aos direitos de determinados grupos de cidadãos, causado por falhas sistêmicas no Estado de Direito. Em resposta, o ministro também estabeleceu uma ligação entre o direito a um processo justo e diversas medidas planejadas em razão do escândalo, com o objetivo de*

79 Rob WIDDERSHOVEN. Recht op een eerlijk proces: overbodige toevoeging of revolutionaire potentie? In: GERARDS, GOOSSENS, VAN VUGT (Eds.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetwijzigingen van 2022*. Den Haag: Boom, 2023: p. 205 ss.



tornar o Direito Administrativo mais voltado para as pessoas e evitar que os princípios fundamentais do Estado de Direito sejam novamente comprometidos no futuro.”⁸⁰ E Widdershoven conclui, explicitando a ligação entre a consagração constitucional de direitos e a constitucionalização do Direito Administrativo: “... o artigo 17, parágrafo primeiro, da Constituição se encaixa perfeitamente na tendência mais ampla de constitucionalização do Direito Administrativo e do princípio da boa administração.”⁸¹

Talvez este seja um exemplo que demonstre a capacidade do Direito Administrativo para impulsionar a atualização do sistema de direitos fundamentais, ainda que bastante peculiar seja a forma como ocorreu no contexto holandês. A importância do reconhecimento de direitos parece ficar clara, para além da relevância da constitucionalização de normas sobre a atividade administrativa.

Goossens, igualmente tratando do fortalecimento do Estado de Direito na Holanda na sequência do escândalo do auxílio-creche e na busca de uma perspectiva centrada no cidadão, reforça a necessidade de o legislador assumir essa responsabilidade promovendo a consolidação e o desenvolvimento dos princípios fundamentais do Direito Constitucional por meio da previsão de direitos concretos, claros e justiciáveis por parte dos cidadãos. Ele assevera a necessidade de, em paralelo à definição de

80 Rob WIDDERSHOVEN. Recht op een eerlijk proces: overbodige toevoeging of revolutionaire potentie? In: GERARDS, GOOSSENS, VAN VUGT (Eds.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022*. Den Haag: Boom, 2023: p. 206. Impossível não pensar, diante desta discussão, na contribuição de Sérvulo Correia encontrada em Sérvulo CORREIA. Administrative due or fair process: Different paths in the evolutionary formation of a global principle and of a global right. In: ANTHONY et al. *Values in global administrative law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2011.

81 Rob WIDDERSHOVEN. Recht op een eerlijk proces: overbodige toevoeging of revolutionaire potentie? In: GERARDS, GOOSSENS, VAN VUGT (Eds.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022*. Den Haag: Boom, 2023: p. 221.

deveres para o Estado e também para entidades privadas que exerçam autoridade pública ou desempenhem funções essenciais de interesse coletivo, preverem-se verdadeiros direitos para o cidadão.⁸²

Goossens vai adiante e propõe a adoção de um “novo direito”, o “direito fundamental de acesso a um contato significativo com a Administração” (*grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur*). Não se trata apenas de alinhar os valores materiais da Constituição e fazê-los incidir sobre o Direito Administrativo, moldando a atividade administrativa a tais valores por meio de princípios reitores da atividade administrativa. Trata-se de inserir na Constituição, por meio de direitos fundamentais, ou na legislação, proteções subjetivas específicas necessárias em virtude da transformação da atividade administrativa. Goossens salienta em sua proposta a necessidade deste direito advinda do aprofundamento do que chama “*algoritmische Administrative state*”, uma nova mudança de paradigma na administração levando à “*digital era Governance*”.⁸³ Neste contexto, Goossens identifica uma lacuna na Constituição holandesa que precisa ser preenchida; parece-me este um exemplo de como o Direito Administrativo pode operar como fertilizador do sistema de direitos. Ele explica que a constitucionalização de princípios reitores da atividade administrativa não têm o mesmo cunho jurídico da positivação de direitos exigíveis, razão pela qual defende a inserção deste direito na Constituição.⁸⁴ Ele escreve: “*De uma perspectiva constitucional mais ampla, é fun-*

82 Jorgen GOOSSENS. *De terugkeer van het staatsrecht*, Den Haag: Boom: 2023, p. 33.

83 Jorgen GOOSSENS. Het opvullen van een lacune in de Grondwet: Naar een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur. In: *De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?* MBZ: 2024: p. 85-119.

84 Jorgen GOOSSENS. Het opvullen van een lacune in de Grondwet: Naar een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur. In: *De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?* MBZ: 2024: p. 107-108.



damental para um Estado democrático de direito responsivo, com uma administração eficiente e íntegra, garantir um direito geral e exigível de acesso do cidadão à Administração e de contato significativo com ela, considerando as múltiplas interações e relações jurídicas entre ambos.”⁸⁵

E mais adiante: *“...parto do princípio de que a necessidade da introdução de um direito de acesso a e direito de contato significativo com a administração está suficientemente fundamentada, considerando a crise de confiança entre o cidadão e o governo ... e as evoluções fundamentais por que a administração pública passou nas últimas décadas ...”⁸⁶*

A proposta de Goossens é interessante porque, como dito, parece justificar o tratamento paralelo ou complementar da constitucionalização do Direito Administrativo e da fertilização do sistema de direitos pelo Direito Administrativo. Mas há mais um aspecto peculiar do contexto holandês que suscita interesse. A Constituição tem previsão de um direito de petição e a proposta de Goossens é exatamente voltada à alteração deste artigo, veja-se o que ele propõe: “Art. 5, 1. *Todos têm o direito de apresentar pedidos à autoridade competente., 2. A lei estabelece regras para o tratamento desses pedidos., 3. Todos têm direito ao acesso e a um contato significativo com a administração, salvo limitações estabelecidas por ou em conformidade com a lei., 4. A lei estabelece regras para garantir a acessibilidade da ad-*

⁸⁵ Jorgen GOOSSENS. Het opvullen van een lacune in de Grondwet: Naar een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur. In: *De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?* MBZ: 2024: p. 100.

⁸⁶ Jorgen GOOSSENS. Het opvullen van een lacune in de Grondwet: Naar een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur. In: *De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?* MBZ: 2024: p. 103.

*ministração.”*⁸⁷ Seria talvez o caso de se perguntar se, numa ordem constitucional onde se verifica uma mais desenvolvida constitucionalização do Direito Administrativo, um direito de petição com previsão constitucional explícita não bastaria para, a partir da Constituição, levar à operacionalização de um direito exigível de contato com a Administração. E, por certo, o contato teria que ser útil, significativo, teria que englobar a obrigação para a Administração de se manifestar. É bem verdade que hoje há diversos direitos plasmados na legislação ordinária, no caso brasileiro, por exemplo, mas pode-se traçar uma relação entre os direitos legais e o direito constitucional de petição, o que talvez justifique a desnecessidade de alteração constitucional.

Já no caso holandês, com fraca constitucionalização do Direito Administrativo, mesmo havendo o direito constitucional de petição avultam as discussões sobre seu incremento ao nível constitucional. Já em 2017, Schössels defendia a adoção de um “direito constitucional de acesso à Administração”, afirmando: *“Os cidadãos mantêm muitos contatos com a administração pública – mais do que com os outros poderes do Estado. Por isso, não é irracional supor que o acesso à nossa administração pública esteja bem regulamentado. Um direito constitucional de acesso parece algo óbvio, afinal, também existe um direito de acesso ao Judiciário. No entanto, além do direito de petição, que é antiquado e tratado de forma secundária, não há um direito fundamental que garanta o acesso à nossa administração pública. Como resultado, o governo e o legislador*

87 Jurgen GOOSSENS. Het opvullen van een lacune in de Grondwet: Naar een grondrecht op toegang tot en zinvol contact met het bestuur. In: *De Grondwet en nieuwe technologie: klaar voor de toekomst?* MBZ: 2024: p. 112. O artigo 5 atual assim prevê: *“Todos têm o direito de apresentar pedidos por escrito à autoridade competente.”*



podem moldar e restringir esse acesso dentro de uma zona de liberdade constitucional, conforme seu próprio critério.”⁸⁸

É interessante observar, por outro lado, que a discussão acerca de um “direito a um contato humano”, ou seja, o direito de um cidadão a, em um procedimento em face da Administração, ter a possibilidade de entreter contato com um ser humano e não apenas contatos por meio de sistemas, aparece nos debates sobre a alteração da Lei Geral de Direito Administrativo, mas não se traduz em proposta concreta de alteração legislativa. Como explicam Binnendijk e van Loon, não se propõe nem mesmo a adoção de uma ampla cláusula de acessibilidade ou cláusula de

88 SCHÖSSELS. Het recht op toegang tot het bestuur. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, (7), 2017: p. 199-201. Esclarecedor o seguinte trecho: “*Quem defende o reconhecimento constitucional de um direito moderno de acesso à administração pública ainda pode enfrentar resistência. A crítica será, por exemplo, que o direito de acesso ao governo já está garantido pelo direito constitucional de petição (art. 5 da Constituição). Mas esse argumento não se sustenta. Além do fato de que o direito de petição em nosso país recebe atenção principalmente em um contexto politizado (sobretudo em relação a pedidos dirigidos ao Parlamento, e não tanto a pedidos concretos aos órgãos administrativos), sua aplicação limitada é frequentemente ignorada. O direito de petição – que, além disso, não está adaptado à realidade digital – não se aplica a pedidos que iniciam procedimentos formais de tomada de decisão. O modelo de requerimento da Algemene wet bestuursrecht (Lei Geral de Direito Administrativo) chegou a ser contraposto ao direito de petição. Além disso, o direito de petição não garante o direito a uma resposta substancial. A questão sobre o direito de resposta tem sido debatida há muito tempo. No fundo, o direito de petição é apenas um direito formal de acesso e recepção. Mas será que, em pleno 2017, ainda podemos aceitar essa situação?*” Nesse quadrante, também interessante a discussão empreendida por Claessens, refletindo sobre a mais valia de se adotar um direito (legal) de acesso à Administração. Veja-se este trecho: “*O Artigo 5 da Constituição normatiza e garante o direito de petição. Este direito refere-se a uma forma de contato direto com o governo. Todos têm o direito de apresentar pedidos por escrito à autoridade competente. No entanto, esse direito não implica uma obrigação de resposta por parte do governo. ‘Mas um direito de resposta ou tratamento (...) deve (...) ser visto como um direito conexo, que não se baseia no artigo 5 da Constituição, mas em princípios não escritos de boa administração (...).’*” (Machteld CLAESSENS, ‘Het (on)nut van een recht op toegang tot de overheid als nieuw algemeen beginsel van behoorlijk bestuur’, *NTB* 2021/105, 2021: p. 242-248.)

disponibilidade (*Bereikbaarheidsclausule*) em favor do cidadão no decorrer do procedimento.⁸⁹

Como último exemplo de proposta de reconhecimento de “novo direito” a partir do Direito Administrativo, parece-me interessante mencionar o “direito ao erro”.⁹⁰ *A urgência da discussão sobre um tal direito parece ser uma decorrência direta do escândalo do auxílio-creche, mas certamente leva a pensar em consequências mais amplas de seu reconhecimento no sentido do fortalecimento da posição do cidadão em face da Administração, mormente uma Administração digitalizada e que age valendo-se de algoritmos, mormente diante das dificuldades agravadas que essa nova administração traz para os cidadãos.*⁹¹

Já em 2018, Tom Barkhuysen escrevia sobre este direito, por inspiração francesa, afirmando que o “direito ao erro” deveria também ser adotado na Holanda, por se mostrar necessário e levar a uma abordagem mais humana. Ele explicitou que uma tal proposta de reconhecimento do direito ao erro poderia se concretizar por duas vias. Uma delas seria adotar uma regulamentação legal explícita e detalhada, como fez a França, com a vantagem de deixar clara a posição dos cidadãos em relação

89 Femke BINNENDIJK, Olaf van LOON. Tot besluit: enkele bespiegelingen over de Wet versterking waarborgfunctie Awb in relatie tot de primaire fase. *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, okt, nr. 3, 2024: p. 172.

90 O Direito Francês reconhece um “direito ao erro”, para uma primeira aproximação, vide Jacques CHEVALLIER, *Confiance et droit à l’erreur, Action publique*, vol. N° 6, no. 1, 2020: p. 1- 4; Marie-Christine de MONTECLER, *Le droit à l’erreur reconnu par la loi. Dalloz Actualités*, 2018. (<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/droit-l-erreur-reconnu-par-loi>).

91 Sofia RANCHORDAS, *Connected but Still Excluded? Digital Exclusion beyond Internet Access*. In Ienca, M.; Pollicino, O.; Liguori, L.; Stefanini, E. & Andorno, R. (Eds), *The Cambridge Handbook of Life Sciences, Informative Technology and Human Rights* (Cambridge University Press, 2021, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 40/2020.



à Administração, reforçando-a. A outra via seria adotar uma abordagem baseada em princípios. O direito ao erro seria reconhecido de forma geral e, quando necessário, sustentado por princípios jurídicos já reconhecidos, como diligência, confiança e proporcionalidade. O “princípio do serviço” (*dienstbaarheidsbeginself*), explicitamente reconhecido no direito da União Europeia e que tem ganhado atenção na Holanda, também poderia ter um papel neste contexto; este princípio imporia à Administração o dever de orientar, ajudar e prestar serviço ao cidadão. A partir disso, a Administração, com a possível intervenção do juiz, usaria suas prerrogativas levando em consideração esse direito ao erro. No âmbito judicial, os cidadãos poderiam ter mais oportunidades de corrigir erros, como a entrega tardia de documentos.⁹²

Vê-se que a “proposta” de Barkhuyzen considera a adoção de um direito propriamente dito, regulado legalmente, em comparação com a adoção de um direito geral fundado em princípios. Interessante neste ponto retomar a discussão acerca da alteração da Lei Geral de Direito Administrativo onde, como se disse, figura a ideia de favorecer um “*burgerlus*”. Este termo se presta dificilmente à tradução, parece-me melhor tentar explicar o seu contexto. Para a Administração tem-se um “*bestuurlijke lus*”, abre-se a possibilidade para a Administração, também perante o juiz administrativo, não apenas para revisar sua atuação quanto ao conjunto probatório, mas para efetivamente alterar o conteúdo das decisões contestadas, sob certas circunstâncias. A discussão na atual proposta de alteração da Lei Geral de Direito Administrativo circunscreve-se a possibilitar ao juiz administrativo tomar mais decisões interlocutórias de modo a interagir com o cidadão, possibilitando alguma atividade pro-

92 Tom BARKHUYZEN, Het recht om fouten te maken, *NJB* 2018/819.

batória complementar. A isto se resumira o *“burgerlus”*, para o cidadão não haveria a possibilidade de alteração de suas alegações materiais, ou seja, não se trata de um verdadeiro contraponto ao *“bestuurlijke lus”* conferido à Administração. Por isso, como se viu, há críticas à timidez da proposta de alteração da lei.⁹³

É muito interessante verificar que, paralelamente à proposta de alteração da Lei Geral de Direito Administrativo (a ser efetivada por meio da “Lei de reforço da função garantística da Lei Geral de Direito Administrativo”, que não consagrou esse clamado “direito ao erro” para o cidadão, quer de forma geral, quer de forma detalhadamente disciplinada), surgem “propostas” para o reconhecimento de um “direito ao erro”. O programa de governo do atual gabinete previu uma proposta de alteração da Lei de Fiscalização da Seguridade Social (em tramitação), nos seguintes termos: *“O governo vai revisar a política de fiscalização na seguridade social. Com a proposta de lei sobre a Fiscalização da Seguridade Social, introduzimos um direito ao erro na seguridade social ...”* A explicação para a proposta deste direito é dada da seguinte forma: *“O governo considera de grande importância que um único erro não possa mais colocar um cidadão em sérias dificuldades. Esse princípio fundamental também está na base da proposta de lei para o fortalecimento da função garantística da Awb. O governo avaliará se um fortalecimento adicional do direito ao erro pode e deve ser implementado de maneira uniforme e abrangente em curto prazo. Nessa consideração, também será levada em conta a possibilidade de implementar rapidamente soluções específicas para cada setor. No campo da seguridade social, esse ‘direito ao erro’*

93 Rens KOENRAAD, Ymre SCHUURMANS, De burger en zijn dode mus: een beschouwing over de noodzaak om de burgerlus materieel te duiden. In: ETTEKOVEN, GROOTJUISJE, MARSEILLE, KORSSE, UYLENBURG, WIDDERSHOVEN (red.), *Evenwichtig bestuursrecht: voortbouwen op het wetenschappelijk werk van Ben Schueler*. Den Haag: Boom, 2024: p. 97-107.



é concretizado por meio da proposta de lei sobre a Fiscalização da Seguridade Social, que oferece aos prestadores de serviços públicos diferentes possibilidades de responder adequadamente a uma infração. Deve-se examinar se é possível e desejável expandir essa abordagem específica para outros setores. O critério decisivo deve ser aquilo que melhor atende aos interesses do cidadão.”⁹⁴

Koenraad, professor assistente na Universidade de Tilburg, tem movimentado as redes sociais com uma proposta concreta para o reconhecimento deste direito por alteração da Lei Geral de Direito Administrativo.⁹⁵ Trata-se, por ora, de proposta ainda na seara acadêmica, ou seja, não apresentada formalmente para a alteração legislativa. Não obstante, oferece significativo material para reflexão, pois seu caráter mais abrangente, a clara explicação da insuficiência do “*burgerlus*” e a necessidade de um direito ao erro nos conduzem à indagação se um tal direito, generalizado, poderia ser um exemplo paradigmático de fertilização do sistema de direitos a partir do Direito Administrativo.

Após a discussão destes exemplos concretos, imprescindível referir a esta altura a contribuição de Sofia Ranchordas, analisando exatamente este contexto holandês pós escândalo do auxílio-creche e teorizando acerca da ligação entre Direito Administrativo e direitos fundamentais. Ela explicita o papel crucial do Direito Constitucional e do Direito Administrativo para a proteção dos direitos fundamentais, mas

⁹⁴ Regeerprogramma (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2024/09/13/regeerprogramma-kabinet-schoof>)

⁹⁵ Sua proposta pode ser lida em: <https://media.licdn.com/dms/document/media/v2/D4D1FAQGFScQ8P6egDA/feedshare-document-pdf-analyzed/feedshare-document-pdf-analyzed/0/1707178103765?e=1743033600&v=beta&t=CduZNqG7vPsmEoljHlYiI52XhJemsdlBfKSZVtdiwak>

destaca que, no *Estado digital*, o papel do Direito Administrativo torna-se menos visível, uma vez que a digitalização reduz o contato direto entre cidadãos e a Administração. Por outro lado, Sofia Ranchordas explica que frequentemente a Administração passa a tratar os cidadãos como meros dados em processos automatizados. Após o escândalo do auxílio-creche, parte da comunidade acadêmica na Holanda, como já referido neste texto, tem defendido a necessidade de uma viragem do Direito Administrativo para uma abordagem mais personalizada e centrada no cidadão. Sofia Ranchordas, a seu turno, propõe um caminho diferente, ela examina exatamente a relação entre o reconhecimento constitucional de direitos e os procedimentos administrativos que lhes dão concretude. Ela se vale do chamado “constitucionalismo digital” e investiga como os valores fundamentais do constitucionalismo moderno, como democracia, Estado de direito, dignidade humana e proteção dos direitos fundamentais, são reconfigurados na era digital. Seu objetivo é analisar o problema da “invisibilidade” por meio de uma visão ampla da transformação digital do setor público, articulando o Direito Administrativo com o constitucionalismo digital. Sua elaboração é sofisticada e se desdobra para além do que se pode abordar neste texto. Não obstante, a construção de Sofia Ranchordas é muito esclarecedora para o argumento aqui desenvolvido. De fato, o aprofundamento do fenômeno da adoção de tecnologias pela Administração (*Digital State*) leva a um renovado e agravado desequilíbrio entre o cidadão e a Administração. Neste cenário, a função garantística do Direito Administrativo precisa ser revisitada e reforçada. Novos direitos para o cidadão precisam ser forjados e desenvolvidos para fazer frente a este *Digital State*. Sofia Ranchordas analisa essas questões em detalhe e tangencia diversas situações em que direitos se fazem necessários nas relações



entre cidadãos e Administração, buscando arrimo nas construções do chamado constitucionalismo digital.⁹⁶

Tendo como pano de fundo ainda o escândalo do auxílio-creche, mas não se limitando a este “caso”, Sofia Ranchordas tem igualmente avançado pioneiras teorizações sobre a empatia como “valor do Direito Público”⁹⁷ e sobre o conceito de vulnerabilidade.⁹⁸ Quanto a esta, destaca a autora que a, princípio, qualquer cidadão pode se tornar, de formas distintas, vulnerável diante da Administração. Segundo ela, embora alguns estejam mais expostos e necessitem de proteção adicional, é preciso reconhecer que é inevitável que os cidadãos se encontrem em algum momento em situação de vulnerabilidade diante do Estado. Sofia Ranchordas, juntamente com Malou Beck, explicam que, no contexto da transformação digital e do *Digital State*, vulnerabilidades preexistentes se intensificam e novas formas surgem, como a falta de alfabetização digital. Esse aprofundamento da vulnerabilidade dos cidadãos na era digital reclama novas políticas de enfrentamento, reclama uma renovada atuação dos Poderes do Estado, mas também dos estudiosos das matérias envolvidas.⁹⁹

96 Sofia RANCHORDAS, *The Invisible Citizen in the Digital State: Administrative Law Meets Digital Constitutionalism* (December 24, 2023). In DE POORTER, OIRSOUW, VAN SCHYFF (eds), *European Yearbook of Constitutional Law* (Forthcoming).

97 Sofia RANCHORDAS, *Empathy in the Digital Administrative State*, *Duke Law Journal*, 71, 2022: p. 1341-1389; Malou BECK, Sofia RANCHORDAS. (Accepted/In press). *Empathy as a public value: Overcoming administrative vulnerability and rehumanizing (digital) government*. In G. J., K. E., & S. A. (Eds.), *Public governance and emerging technologies : Values, trust and compliance by design* Springer.

98 Sofia RANCHORDAS, Anne SPIJKSTRA Johan WOLSWINKEL. *Vulnerability in (Dutch) Administrative Law*, *Tilburg Law Review*, 29(1), 2024: p. 1–13; Sofia RANCHORDAS, Malou BECK, *Vulnerability*. In KAUFMANN, LOMELL (eds) *Handbook of Digital Criminology*. De Gruyter, 2023.

99 Sofia RANCHORDAS, Malou BECK, *Vulnerability*. In KAUFMANN, LOMELL (eds) *Handbook of Digital Criminology*. De Gruyter, 2023.

As lições de Sofia Ranchordas parecem oferecer mais um fundamento para asseverar o sétimo traço do Direito Administrativo, qual seja, o Direito Administrativo como vetor de descobrimento e desenvolvimento de (novos) direitos. A análise do escândalo do auxílio-creche e as reações verificadas na seara do Direito Administrativo holandês já mostravam vestígios da necessidade de um renovado arsenal no enfrentamento da era digital na Administração Pública. Esses são vestígios de um fenômeno mais amplo, referido como *Digital State*. Adiciona-se a isso a teorização de Sofia Ranchordas acerca da vulnerabilidade e de sua exacerbação diante do *Digital State*, que parecem apontar no sentido de que a constitucionalização do Direito Administrativo não oferece instrumento bastante para enfrentar esse desafio. Uma leitura constitucionalizada do Direito Administrativo, aceitando a irradiação dos direitos fundamentais, e tornando-o voltado para o cidadão é certamente um primeiro passo, mas não basta. Parece necessário revolucionar o instrumental jurídico do cidadão para que ele possa se relacionar de forma minimamente equilibrada com a Administração, o que parece passar, na minha visão, necessariamente pelo desenvolvimento de novos direitos, a partir do Direito Administrativo. Para além da constitucionalização do Direito Administrativo, será preciso constitucionalizar “novos direitos administrativos”.¹⁰⁰

Escolhi centrar a minha argumentação no traço caracterizador do Direito Administrativo que considero o mais relevante e ao qual eventualmente poderíamos reconduzir os demais, a constitucionalização do Direito Administrativo. Não obstante, mostrando a perspicácia do Pro-

100 Uma via é partir do constitucionalismo digital, como faz Sofia Ranchordas, para a incrementação dos direitos do cidadão na era digital. Outra via, ou uma via complementar, é que esses direitos se desenvolvam por influência das alterações necessárias no Direito Administrativo da era digital e sejam constitucionalizados, ou seja, que o Direito Administrativo tenha um potencial fertilizador do sistema de direitos fundamentais.



fessor Sérvulo Correia na identificação destes traços, podemos com eles responder a diversos dos desafios atuais enfrentados na prática da Administração Pública e no Direito Administrativo. Também a partir de outros traços desenvolvidos por Sérvulo Correia, considero viável explicar este sétimo traço agora exposto para o debate.

Veja-se, por exemplo, que o papel matricial do Estado Democrático de Direito conduziria, pelo menos pelo prisma formal, à necessidade de normas elaboradas segundo os procedimentos previstos legalmente, conhecidas de antemão, inteligíveis e previsíveis.¹⁰¹ Como traduzir esse papel matricial no Direito Administrativo de modo a enfrentar a utilização pela Administração Pública de inteligência artificial, de algoritmos, de meios tecnológicos de comunicação, tomada de decisão, tratamento e armazenamento de informação e dados de indivíduos? O princípio da legalidade e da publicidade são suficientes? Ou dever-se-ia voltar à subjetivação de um direito à transparência reforçado em determinados casos?¹⁰² Uma tal vertente de investigação poderia eventualmente levar à codificação de novos direitos.

Por outra perspectiva, mas ainda relativamente ao princípio do Estado Democrático de Direito, não parece desarrazoado pensar que a motivação ganha novo relevo neste cenário digitalizado ou de uma administração

101 Para uma aproximação ao conceito de rule of law com contraste entre várias concepções, vide CRAIG, Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law*, 1997: p. 467–487; TASIOLAS, The Rule of Law. In *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law*, 2020: p. 117–134.

102 A discussão sobre a subjetivação do processo e do procedimento também não são novas na Holanda e têm sempre voltado à baila. Aqui a discussão aparece na investigação da posição do cidadão em termos de informação diante da Administração: Annemarie DRAHMAN, Ymre SCHUURMANS, Louis HONÉE, Otten. *Hoe kan in het bestuursprocesrecht de informatiepositie van de burger worden versterkt?* Leiden: Faculteit der Rechtsgeleertheid, Universiteit Leiden, 2024.

mediada por tecnologia, inteligência artificial e algoritmos.¹⁰³ Diante disto poder-se-ia perquirir: deve haver um direito a uma motivação específico, diferenciado, agravado de forma que a motivação, quando a atuação da Administração se dá por estes meios tecnológicos, seja compreensível, demonstre a legitimidade de tais meios e a existência de controle sobre seu uso? O que tem se tornado por vezes corriqueiro na prática, o uso de sistemas levar a motivações do tipo “*o sistema não permite*”, “*o computador diz não*” (*computer says no*), talvez mereça ser revisitado por um prisma amplo de Estado de Direito: a motivação das decisões, a compreensão de seu conteúdo e embasamento constituem imposição da publicidade e transparência, mas trespassam esses princípios, pois têm sérias implicações no que tange à responsabilidade da Administração e da possibilidade de recurso a controle judicial pelo indivíduo.

Uma indagação próxima também pode advir dos traços identificados pelo Professor Sérvulo Correia como “perspectiva relacional” e “centralidade do procedimento”. A necessidade de reforçar essa perspectiva relacional do Direito Administrativo e o fazer por vezes por meio do procedimento, congregando uma mudança no paradigma da atuação procedimental do cidadão, que comparece no procedimento como sujeito de direitos – já sentida diante do fenômeno do *Administrative State*¹⁰⁴ – *é ainda mais clara diante do Digital Administrative State*.¹⁰⁵ Neste

103 Sobre as exigências de motivação diante do uso de algoritmos, vide Ola AL KHATIB, Mariette LOKIN, Robbert BRUGGEMAN, Anne MEUWESE. De A is van algoritme: hoe de Awb op dit vlak te versterken, *NTB*, 426, 2024: p. 632 ss.

104 Sobre o *Administrative State*, com indicação bibliográfica, vide, Jurgen GOOSSENS. *De terugkeer van het staatsrecht*, Den Haag: Boom: 2023, p. 13 ss; Ymre SCHUURMANS Schuurmans, Codificatie van mensgericht bestuursrecht, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 183(6), 2022: p. 269-272.

105 Jurgen Goossens aponta o “*algoritmische administrative state*” (Jurgen GOOSSENS. *De terugkeer van het staatsrecht*, Den Haag: Boom: 2023, p. 34).



Estado há a possibilidade de se tomarem decisões administrativas sem mediação humana. Não se trata aqui de discutir todas as implicações e dificuldades (e também eventuais vantagens para a eficiência, celeridade e até mesmo imparcialidade) deste tipo de atuação, mas de deixar a indagação: haveria terreno fértil para a investigação de um direito a uma decisão humana e em que circunstância um tal direito seria invocável? Se esta indagação é mais complexa, de qualquer forma a ideia de um direito de acesso a um contato (humano) com a Administração e o direito à assistência digital¹⁰⁶ parecem poder ser mais facilmente defendidos.

Sobre a perspectiva relacional do Direito Administrativo, o Professor Sérvulo Correia, juntamente com Franciso Paes Marques, destaca sua indelével ligação com os direitos fundamentais, destacando esta marcante viragem do *“Direito do exercício do poder administrativo”* para um Direito que reconstitui *“o estatuto do cidadão no quadro do Direito Administrativo.”* Em outras palavras, com a constitucionalização do Direito Administrativo e o incremento das garantias aos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos altera-se forçosamente o *status* do indivíduo perante a Administração. De *“mero objeto do poder administrativo”* passa a ser *“titular pleno de direitos e deveres perante a Administração Pública”*, o que se reflete *“na assunção de uma perspectiva relacional deste ramo do Direito.”*¹⁰⁷

106 Sofia RANCHORDAS, Connected but Still Excluded? Digital Exclusion beyond Internet Access. In Ienca, M.; Pollicino, O.; Liguori, L.; Stefanini, E. & Andorno, R. (Eds), *The Cambridge Handbook of Life Sciences, Informative Technology and Human Rights* (Cambridge University Press, 2021, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 40/2020.

107 Sérvulo CORREIA, Francisco PAES MARQUES, *Noções de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 144-143.

Tendo tentado explorar a relação desse sétimo grande traço do Direito Administrativo também com outros traços desenvolvidos pelo Professor Sérvulo Correia, volto à constitucionalização do Direito Administrativo, traço para o qual parecem todos os outros confluir. De um lado, o Direito Constitucional tem sido em muitos quadrantes impulsor de mudanças significativas no Direito Administrativo. Por outro lado, a criação ou o reconhecimento e desenvolvimento de novos direitos referenciados à relação entre indivíduos e a Administração pode talvez mostrar uma influência recíproca e reflexa entre Direito Constitucional e Direito Administrativo. Novos direitos podem reforçar o desenvolvimento do Direito Administrativo segundo os grandes traços elencados pelo Professor Sérvulo Correia, conforme os princípios e valores fundantes do Estado Democrático de Direito, exatamente na medida em que colocam a ênfase no direito (fundamental), no sujeito de direito, e tentam garantir a autonomia ao sujeito em uma perspectiva relacional. Por sua vez, esse desenvolvimento do Direito Administrativo tem a potencialidade de fortalecer os princípios e valores fundantes do Estado Democrático de Direito o que, por sua vez, tem influência no Direito Constitucional.

Aqui, invoco novamente as lições do Professor Sérvulo Correia, desta vez acerca do controle judicial da Administração e da responsabilidade democrática da Administração. O Professor destaca que *“a plena densificação das exigências do princípio do Estado de direito democrático em relação ao processo administrativo terá sempre de passar pela tripla vertente da instrumentalidade deste quanto à reintegração dos direitos ofendidos, à restauração da juridicidade objetiva afetada e à efetivação da responsabilidade democrática da Administração.”* Na mesma oportunidade o Professor explorou o papel do processo administrativo na *“concretização da vertente democrática do princípio do Estado de direito democrático”* e mostrou que este vai além das fun-



ções subjetiva e objetiva do processo, devendo englobar igualmente a “vertente democrática”, qual seja, o processo administrativo como *“instrumento de efetivação da responsabilidade democrática da Administração”*. O Professor chama a atenção para a ação popular, não somente para a preservação da legalidade, mas igualmente para a defesa de interesses metaindividuais, o que destaca para esta ação *“um papel novo de responsabilização democrática da Administração”*.¹⁰⁸

Vislumbrar o Direito Administrativo como vetor revelador de direitos (em princípio nas relações administrativas procedimentais) e, em consequência, como fertilizador do sistema constitucional de direitos é capaz de levar à construção de um Direito Administrativo de dimensão humana. Parece-me que o sujeito de direitos, os exercendo, contribui para a observância da legalidade ou juridicidade, para além da defesa de seus próprios direitos, e tem também a potencialidade de contribuir para o controle da atividade administrativa, influenciando, assim, na efetivação de uma Administração condizente e impulsionadora do Estado de Direito Democrático.

5. NOTAS FINAIS

Esse texto não se coloca nem de longe à altura das lições académicas (nem pessoais) que tive a sorte de receber do Professor Sérvulo Correia, nem tampouco almeja a alguma elaboração apta a perdurar como as suas construções que sempre, seja na sua tese de doutora-

¹⁰⁸ Sérvulo CORREIA, Francisco PAES MARQUES, *Noções de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 314-315.

mento¹⁰⁹, seja nos seus Sumários de Direitos Fundamentais¹¹⁰, seja num artigo produto de uma palestra em conferência, teorizam e fazem o Direito Público avançar. Esse texto tem como objetivo registrar minha participação em uma homenagem ao Professor Sérvulo Correia e à grandeza da sua contribuição para o Direito Público. Para além disso, de forma muito incipiente, tem o objetivo de trazer um tema à baila para ulterior desenvolvimento, qual seja, o Direito Administrativo como vetor de fertilização do sistema de direitos fundamentais. Tentei seguir o desafio lançado pelo Professor Sérvulo em seu artigo, buscando contribuir para a constante atualização do Direito Administrativo, ainda que de maneira precária¹¹¹, pois, como sua obra ensina, *é preciso prescrutar o desenvolvimento histórico desta disciplina, descortinar o presente e inquirir as bases teóricas capazes de lançar caminhos de pesquisa e reflexão, criando o olhar para o futuro.*

A minha tentativa certamente é passível de crítica e, exatamente por isso, a torno pública, no convite à crítica e ao debate.

De maneira muito incipiente tentei explorar alguns aspectos do atual cenário do Direito Administrativo na Holanda, em face das discussões provocadas principalmente pelo escândalo do auxílio-creche. Tentei utilizar esse “caso” para refletir acerca da constitucionalização do Direito Administrativo e de seu eventual potencial na revelação de novos direitos.

109 Sérvulo CORREIA. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

110 Sérvulo CORREIA. *Direitos fundamentais: sumários*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa: 2002.

111 Sérvulo CORREIA. Os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, 2016: p. 45–66.



Entendo que a constitucionalização do Direito Administrativo na Holanda será um processo sempre enriquecido pelo Direito Internacional¹¹² e, principalmente, Europeu.¹¹³ Ademais, trata-se de um processo intimamente intrincado com o eventual avanço (ou não) da possibilidade de controle judicial de constitucionalidade, o que poderá levar a que a Constituição¹¹⁴ passe a fazer parte das ferramentas ordinárias do juiz, bem como a que os direitos constitucionais (e não os direitos previstos em instrumentos internacionais) se tornem parâmetros de controle (judicial) da atuação estatal.

As falhas observadas na seara do Direito Administrativo nos últimos anos, com destaque para o escândalo do auxílio-creche, impulsionaram a elaboração da proposta de alteração da Lei Geral de Direito Administrativo¹¹⁵ e igualmente colocaram na ordem do dia o afastamento da proibição de controle judicial de constitucionalidade.¹¹⁶ Nesse cenário,

112 Entendo que essa “constitucionalização” possa vir a transparecer de várias formas no cenário holandês, nem sempre explicitamente. Esclarecedor, neste sentido o que escrevem Schuurmans, Leijten e Esser sobre o desenvolvimento ao nível internacional da Administração responsiva (Ymre SCHUURMANS, Ingrid LEIJTEN, Joyce ESSER, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden, 2020.)

113 Sobre o papel do Direito Internacional e Europeu sobre o Direito Administrativo holandês, vide Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, Codification of administrative law in the Netherlands. In: UHLMANN (red.), *Codification of administrative law: a comparative study on the sources of administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 2023: p. 201-202.

114 Janneke GERARDS. The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing It. *Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques*, 77(2), 2016: p. 207-233.

115 Rens KOENRAAD, Ymre SCHUURMANS, De burger en zijn dode mus: een beschouwing over de noodzaak om de burgerlus materieel te duiden. In: ETTEKOVEN, GROOTHUISJE, KORSSE, MARSEILLE, UYLENBURG, WIDDERSHOVEN (red.), *Evenwichtig bestuursrecht: voortbouwen op het wetenschappelijk werk van Ben Schueler*. Den Haag: Boom, 2024: P. 97-107.

116 Lisette MUSTERT, Ola AL KHATIB, Rob WIDDERSHOVEN, Melanie van ZANTEN. Administrative Law: The Netherlands / Droit administratif: Pays-Bas, *European Review of Public Law*, 36, 2, 2024, p. 709.

verifica-se, ainda, a apresentação pela academia, mas também no meio político, de propostas para o reconhecimento de (novos) direitos referenciados às relações entre cidadão e Administração, seja no âmbito do procedimento, seja no âmbito do processo. Talvez a aproximação entre Direito Administrativo e Direito Constitucional vá se dar na Holanda, não a partir do Direito Constitucional, mas exatamente a partir do Direito Administrativo. Uma paulatina constitucionalização terá sido despoletada pelas “falhas” verificadas no campo do Direito Administrativo¹¹⁷ e será impulsionada pelo reconhecimento de direitos. Dito de outra forma, será que a busca por um Direito Administrativo voltado para a pessoa será a responsável por uma eventual constitucionalização do Direito Administrativo holandês, visto que acabará por se espriar para além da Lei Geral de Direito Administrativo¹¹⁸, englobando também o controle de constitucionalidade e a previsão de direitos para os cidadãos em suas relações com a Administração? Só o tempo dirá.

No momento, a experiência holandesa, com destaque para essa circunstância de uma fraca constitucionalização, me ajudou a reforçar

117 Interessante o que observam Schuurmans, Barkhuysen e den Ouden: “*The importance of the Grondwet (Constitution) as a source of administrative law is rather limited in the Netherlands. The Constitution defines the organizational structure of government... But, as stated above in section 1, this tends to be framed solely as part of constitutional law and not of an administrative law nature. To understand this perception, it should be noted that the Netherlands does not have a constitutional court and nor does it grant courts with the power to undertake a review on constitutionality. ... Consequently, the constitutional provisions hardly form an integral aspect of administrative law. However, the political climate is changing after various scandals over harsh legislation ...*” (Tom BARKHUYSEN, Willemien OUDEN, Ymre E. SCHUURMANS, Codification of administrative law in the Netherlands. In: UHLMANN (red.), *Codification of administrative law: a comparative study on the sources of administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 2023: p. 200-201.)

118 Explica que em grande parte essa busca se dá por meio da Lei Geral de Direito Administrativo, Ymre SCHUURMANS Schuurmans, Codificatie van mensgericht bestuursrecht, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 183(6), 2022: p. 269-272.



a ideia de que a posição do cidadão perante o Estado, no atual Estado Democrático de Direito, não pode prescindir de verdadeiros direitos fundamentais (ou constitucionais) acompanhados de direitos legais (ou subjetivos públicos, sem adentrar aqui na intrincada discussão acerca da diferença entre as categorias). A constitucionalização, que em outros quadrantes impulsiona o reconhecimento de direitos, materiais, procedimentais e processuais, é incipiente na Holanda. Ainda assim, a atividade administrativa, a concepção e aplicação do Direito Administrativo no contexto de um Estado Democrático de Direito como o holandês – Estado parte da União Europeia e do Conselho da Europa, bem como signatário de relevantes tratados internacionais referentes a direitos humanos – não têm como se isolar das componentes sociais, políticas e até econômicas que impõem um Direito Administrativo e uma atividade administrativa condizentes com o arcabouço valorativo e normativo do Estado de Direito Democrático. O escândalo do auxílio-creche escancarou falhas inaceitáveis do Direito Administrativo e da prática administrativa (juntamente com a justiça administrativa). A reação demanda várias iniciativas, mas pode ser sintetizada, no campo jusadministrativo, pela ideia de uma Administração responsiva, de um Direito Administrativo voltado para a pessoa, um Direito com dimensão humana, tanto perante a Administração, quanto perante o juiz administrativo.

A dimensão humana que se busca imprimir ao Direito Administrativo holandês, na minha visão, não pode ser encontrada sem o recurso primordial aos direitos do cidadão, ou seja, ao reconhecimento e desenvolvimento de verdadeiros direitos do cidadão referentes às suas relações com a Administração e também garantidores de efetiva proteção judicial, ou seja, em suas interações com o juiz (administrativo). Certamente que outras dimensões devem complementar a construção e prática de um Direito Administrativo com dimensão humana. Os direitos, no entanto, parecem-me

o ponto principal. E podem ser “novos direitos”, por exemplo reclamados diante do uso de inteligência artificial, ou, no caso holandês, direitos já consagrados em outros quadrantes na relação jurídico-administrativa.

Como observei, a necessidade de codificar “novos” direitos parece ficar mais clara no caso holandês por causa da fraca constitucionalização do Direito Administrativo. Por isso, esse “caso” ajuda a fundamentar a possibilidade de se considerar também o reconhecimento de direitos, ou a fertilização do sistema de direitos, como traço do Direito Administrativo. Não nego que a constitucionalização apresente íntima ligação com o reconhecimento de direitos. Parece-me que mesmo em sistemas em que há uma mais forte constitucionalização se pode considerar o reconhecimento de direitos como mais um traço do Direito Administrativo no século XXI. Esses traços apresentam-se, por certo, ligados; veja-se que a perspectiva relacional e a centralidade do procedimento igualmente apresentam pontos de contato quer com a constitucionalização, quer com o reconhecimento de novos direitos.

Como explicitado anteriormente, Sérvulo Correia e Francisco Paes Marques, tratando da constitucionalização do Direito Administrativo, identificaram cinco ideias centrais dentre as quais avultam a *“força irradiante dos direitos fundamentais, a força estruturante dos princípios jurídicos, a força garantística dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos”*.¹¹⁹ E o professor Sérvulo desenvolveu a constitucionalização como o primeiro dos grandes traços do Direito Administrativo do século XXI. Não pretendi aqui, de forma alguma, fazer uma crítica ou um reparo aos grandes traços apresentados pelo Professor Sérvulo Correia. Pareceu-me razoável apontar

119 Sérvulo CORREIA, Francisco PAES MARQUES, *Noções de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 104-106.



a fertilização do sistema de direitos como mais um traço, autônomo, principalmente para reforçar a ideia de que a proteção do indivíduo tem que ser dinâmica e mover-se para enfrentar novos desafios, o que se mostra especialmente importante nas relações jurídico-administrativas. Manter tais relações impregnadas pelos valores constitucionais, mormente a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, parece passar necessariamente pela concepção de um sistema de direitos aberto à evolução¹²⁰, aberto a receber novos direitos e interpretações especialmente advindos de um Direito Administrativo constitucionalizado.

É interessante que Schuurmans, Leijten e Esser, escrevendo na Holanda sobre *“Direções de pensamento para um Direito Administrativo sob medida”*, apontam: *“1. Um desenvolvimento em direção a um maior grau de abordagem sob medida (maatwerk) exige um direcionamento no sentido dos valores materiais no Direito Administrativo, a fim de evitar arbitrariedades. A definição de normas materiais pode decorrer da legislação, de normas profissionais e dos princípios materiais da boa administração; 2. O direcionamento para valores materiais e a proteção dos direitos humanos estão intimamente relacionadas. Os direitos humanos podem impor uma obrigação jurídica de abordagem sob medida (maatwerk) e fornecer critérios substanciais para isso. Quanto mais intensa for a interferência no núcleo de um direito humano e mais vulnerável for o cidadão, maior será a responsabilidade do governo em justificar a proporcionalidade dessa interferência no caso concreto.”* E, ainda: *“6. As normas procedimentais merecem uma reavaliação, pois incentivam os órgãos administrativos a estruturar seus processos com cuidado, garan-*

120 Luísa NETTO, *A abertura do sistema de direitos fundamentais do Estado Constitucional*. Curitiba: Íthala, 2016; Luísa NETTO, *Criteria to Scrutinize New Rights: Protecting Rights against Artificial Proliferation*. *Journal of constitutional Research*, 2021.

tido valores como ‘voice, consideration, explanation’. Esses princípios de justiça procedimental são essenciais para que os cidadãos percebam as ações do governo como confiáveis e justas. De forma mais concreta: a. No que diz respeito às obrigações de audiência, deve-se priorizar a necessidade do cidadão em vez das exigências da Administração (art. 4:7, 4:8, 4:12, 7:3, alínea b da Awb). b. O conceito de ‘prejuízo’ ao cidadão (art. 6:22 da Awb) e a possibilidade de mitigar ‘consequências adversas’ (art. 4:12 da Awb) devem ser interpretados de maneira mais responsiva, levando em conta não apenas os efeitos jurídicos, mas também o impacto na posição do indivíduo. c. A obrigação de motivação deve ser aplicada de forma que o cidadão compreenda as etapas tomadas, evitando referências genéricas a políticas, regulamentos ou sistemas automatizados (art. 3:47 e 4:82 da Awb).¹²¹ Neste estudo, as autoras salientam a importância dos direitos humanos e fundamentais (*mensen- en grondrechten*), como por exemplo o direito a uma boa administração, para o desenvolvimento do Direito Administrativo.¹²²

Certamente, a ideia de um necessário diálogo entre Direito Administrativo e direitos fundamentais¹²³ poderia pensar-se no bojo da constitucionalização do Direito Administrativo, o que se observa pela constatação da inafastável incidência dos direitos fundamentais sobre o Direito Administrativo, balizando o *design* legislativo das competências administrativas e o seu exercício, irradiando-se para enformar as relações

121 Ymre SCHUURMANS, Ingrid LEIJTEN, Joyce ESSER, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden, 2020, p. 4-5.

122 Ymre SCHUURMANS, Ingrid LEIJTEN, Joyce ESSER, *Bestuursrecht op Maat (in opdracht van BZK)*, Leiden: Universiteit Leiden, 2020, p. 23 ss.

123 Esse necessário diálogo já nos instiga há tempos: Luísa NETTO, Eurico BITEN-COURT NETO. *Direito Administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte, Forum: 2012.



administrativas materiais, procedimentais¹²⁴ e processuais.¹²⁵ Os direitos fundamentais expandem sua força para o Direito Administrativo, refletindo aqui o traço da constitucionalização deste. Mas, para além disso, o Direito Administrativo escancara a necessidade de se reconhecerem e desenvolverem direitos (específicos) para o cidadão nestas suas relações com a Administração. Por óbvio, não se trata de reconhecer um direito reflexo a todo dever administrativo, nem decorrente de todas as normas incidentes sobre a atividade administrativa. Nem tudo pode ser conteúdo de direito fundamental, mas certamente há um influxo subjetivizador, a partir do Direito Administrativo e dos desafios renovados por que passa a atividade administrativa, que revela e desenvolve (novos) conteúdos jusfundamentais (e também novas posições subjetivas legais) e, assim, fertiliza o sistema de direitos fundamentais.

Parece-me que reconhecer esse traço, ver o Direito Administrativo como potencial revelador de novos direitos convoca as construções sobre direitos fundamentais para o âmbito do Direito Administrativo.¹²⁶ Essas construções adentram o Direito Administrativo modernizando-o

124 Um exemplo de consequência da constitucionalização e da irradiação dos direitos fundamentais sobre o procedimento encontra-se na procedimentalização da atividade administrativa e na imposição da participação dos interessados no procedimento. Para um desenvolvimento desta matéria, vide Luísa NETTO, *Procedimentalização e participação: imposições jusfundamentais à atividade administrativa*. In: Luísa NETTO, Eurico BITENCOURT NETO. *Direito Administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte, Forum: 2012, p. 215-247.

125 Veja-se, sobre as normas de direitos fundamentais como fontes do Direito Administrativo, denotando, a meu ver, uma importante faceta da constitucionalização do Direito Administrativo, Sérvulo CORREIA, Francisco PAES MARQUES, *Noções de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 189 ss.

126 Para alguma aproximação a construções teóricas relevantes sobre os direitos fundamentais, vejam-se, não necessariamente com entendimentos coincidentes, Kai MÖLLER. *The global model of constitutional rights*. Oxford University Press, 2013; Robert ALEXY, *A theory of constitutional rights*. Oxford University Press, 2002.

para além de teorias baseadas em princípios gerais ou deveres voltados à atuação administrativa, como a legalidade e juridicidade, interesse público, e assim realmente integram o Direito Administrativo num quadro constitucional em que os direitos são elemento estruturante. Reflexivamente, esse sétimo traço do Direito Administrativo deixa claro que a relação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo é uma via de mão dupla, se por um lado o Direito Constitucional impregna o Direito Administrativo com seus valores e vetores materiais, impondo diversas consequências no direito administrativo substantivo, procedimental e processual, o Direito Administrativo lhe retribui, enriquecendo o arcabouço constitucional principalmente por meio da fertilização do sistema de direitos fundamentais.

Por fim, talvez seja o caso de pensar nos grandes traços do Direito Administrativo do século XXI não apenas como uma tentativa de teorização interpretativa, ou seja, não apenas como uma sistematização explicativa da prática de forma a conferir-lhe sentido, mas também com um cunho prescritivo, um sentido de dever-ser. Explico o que quero dizer. Os traços elaborados pelo Professor Sérvulo Correia e este sétimo traço exposto para o debate não parecem apenas apresentar uma descrição de uma realidade integralmente desenvolvida e alcançada. Parecem empreender esta tarefa interpretativa da realidade (em permanente evolução), por certo. Mas entendo que também se prestam a apontar eixos de dever-ser, prescrevendo objetivos a serem obtidos com o Direito Administrativo. Desse modo, a análise teórica da realidade pode levar, complementarmente, a que se empreendam esforços de elaboração que mostrem veredas a serem perseguidas para o aperfeiçoamento do Direito Administrativo como instrumento do Estado de Direito Democrático.



Essa eventual dimensão prescritiva parece aumentar o interesse em investigar o Direito Administrativo como fertilizador do sistema de direitos. Isto porque, como se viu, a vulnerabilidade dos cidadãos diante do Estado na era digital se mostra exacerbada.¹²⁷ Diante desse cenário, não se trata apenas de verificar que, a partir do Direito Administrativo, têm partido reivindicações para o reconhecimento de novos direitos. Trata-se, talvez, de estudar e avançar o Direito Administrativo considerando que este deve assumir um papel prescritivo na construção de respostas jurídicas eficazes para equilibrar a relação entre cidadãos e Administração no Estado Digital. A constitucionalização do Direito Administrativo, ao impregná-lo pelos direitos fundamentais e orientá-lo para o cidadão, representa um avanço necessário, mas talvez insuficiente para o traço do Direito Administrativo da era digital. O desafio imposto pela crescente assimetria entre indivíduos e sistemas automatizados exige uma reformulação profunda do instrumental jurídico disponível para o cidadão. Nesse sentido, não basta incorporar valores constitucionais ao Direito Administrativo, nem aceitar a irradiação dos direitos fundamentais constitucionais; é preciso que, a partir do Direito Administrativo, se reconheçam e se desenvolvam “novos direitos fundamentais administrativos”, concebidos para o proteger o cidadão diante da Administração digital.

127 Sofia RANCHORDAS, *Empathy in the Digital Administrative State*, *Duke Law Journal*, 71, 2022: p. 1341-1389; Malou BECK, Sofia RANCHORDAS. (Accepted/In press). *Empathy as a public value: Overcoming administrative vulnerability and rehumanizing (digital) government*. In G. J., K. E., & S. A. (Eds.), *Public governance and emerging technologies : Values, trust and compliance by design* Springer.