

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

# CONCESSÕES

 EDITORA  
**Fórum**

© 2015 Editora Fórum Ltda

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Gustavo Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virgínia Prado Soares
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lúcio Dellino
Clovis Beznos	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Márcio Cammarosano
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Marcos Ehrhardt Jr.
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Egon Bockmann Moreira	Ney José de Freitas
Emerson Gabardo	Oswaldo Olhon de Pontes Saraiva Filho
Fabício Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Revisão: Gabriela Sbeghen  
Capa, projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

F357c Marques Neto, Floriano de Azevedo  
Concessões / Floriano de Azevedo Marques Neto = 1. ed. Belo Horizonte: Fórum,  
2015.

422p.  
ISBN 978-85-450-0040-2

1. Direito administrativo. 2. Direito econômico.  
I. Título. II. Marques Neto, Floriano de Azevedo

CDD: 342  
CDU: 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 422p.  
ISBN 978-85-450-0040-2

Este livro é fruto de um esforço para identificar os contornos e as características do instituto jurídico da concessão no direito administrativo.

Fruto da tese com a qual o autor obteve a cátedra de direito administrativo na Universidade de São Paulo, agora revista e ampliada, o livro procura expor as origens, os elementos e os objetivos da concessão como mecanismo pelo qual o Poder Público delega aos particulares o desempenho de uma incumbência sua. A partir daí, expõe os diferentes regimes jurídicos de concessões existentes no nosso direito, identificando pontos em comum e características distintas entre, por exemplo, uma concessão de serviço público e uma concessão minerária, entre a concessão de florestas e a concessão de direito real de uso, entre a concessão de transporte de gás e a concessão urbanística. Todos os regimes jurídicos de concessão são expostos em detalhe e com forte apoio na jurisprudência e na doutrina.

Além disso, o livro se dedica a analisar como um instituto tão antigo se mostra hoje em dia como um vínculo jurídico preferencial para formalizar parcerias entre o poder público e os particulares com vistas à satisfação de interesses da coletividade e à oferta de utilidades públicas.

O que ora se oferece é, na verdade, um verdadeiro tratado sobre concessões no direito brasileiro.

ISBN 978-85-450-0040-2



9 788545 000402

CÓDIGO: 10000766



Acesse nossa livraria virtual  
[www.editoraforum.com.br/loja](http://www.editoraforum.com.br/loja)



## O INSTITUTO DA CONCESSÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

*A normatização do direito administrativo teria, então, poderíamos dizer, como metáfora, dois polos: um destinado a resguardar a autoridade e outro a liberdade.*<sup>1184</sup>

*Por fim, se percebe um modo diferente de estabelecer as relações entre público e privado. Estas não são apenas bipolares. São também multipolares.*<sup>1185</sup>

### V.1 Introdução

1 O recurso à figura da bipolaridade utilizada por Giannini e Cassese nas epígrafes<sup>1186</sup> não se deve apenas à irresistível tentação de associar o direito administrativo ao transtorno homônimo, como forma de lembrar a contradição essencial existente na estruturação tradicional desse ramo jurídico, em que a proteção e a consagração de direitos fundamentais convivem permanentemente contrapostas ao sacrifício, à limitação e ao condicionamento de outros tantos direitos não menos relevantes. A lembrança dessa bipolaridade nos é útil, mais que tudo, para lembrar que o direito administrativo

<sup>1184</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Corso di diritto amministrativo*, 1965, p. 38, tradução livre. No original: "La normazione del diritto amministrativo aveva quindi, potrebbe dirsi con metafora, due poli, l'uno volto a presidiare l'autorità, l'altro a presidiare la libertà".

<sup>1185</sup> CASSESE, Sabino. *L'arena pubblica*, 2001, p. 649, tradução livre. No original: "Da ultimo, si è notato un diverso modo di stabilire le relazioni tra pubblico e privato. Queste non sono solo bipolari. Sono anche multipolari".

<sup>1186</sup> As duas citações que servem de epígrafe a este capítulo não são aleatórias. Elas refletem não uma oposição, mas uma evolução na obra de dois dos mais importantes administrativistas dos últimos 50 anos. Na verdade, o entendimento de Cassese parte da crítica de Giannini à bipolaridade para construir sua tese de um novo paradigma, que aquele denomina de "arena pública".

tem sido edificado sobre várias dicotomias, além da célebre oposição autoridade-liberdade:<sup>1187</sup> público-privado; indivíduo-coletividade; estrutura da administração-função pública; concentração-limitação do poder; legalidade-discrecionalidade. Em termos sintéticos, o direito administrativo tem se equilibrado entre várias bipolaridades, apoiando-se em inúmeras contradições.

Contradições essas que decorrem não apenas do seu objeto (a normatização do agir do Estado-administração, cuja atuação envolve sempre algum contrachoque com a esfera de direitos e interesses dos privados, pessoas físicas ou jurídicas). O direito administrativo, pode-se dizer, destina-se a disciplinar as diversas facetas da permanente tensão Estado-sociedade. Tais contradições advêm também da herança histórica de um direito vindo para dar conformidade democrática a instrumentos instituídos em período anterior, marcado pela afirmação do poder absoluto, incontido – como, aliás, espero ter demonstrado em relação à concessão no Capítulo II.

2 Qual o sentido, então, de ressaltar essa bipolaridade em um trabalho dedicado ao instituto da concessão? A resposta está no fato de que, ao fim e ao cabo, demonstrarei que o direito administrativo contemporâneo não pode mais se apoiar apenas na contraposição, no binômio autoridade-liberdade ou autoridade-indivíduo. Ao revés, esse ramo do direito já se configura e deve se estruturar em torno de outras noções: de equilíbrio de interesses, de consenso, de ponderação do exercício da autoridade.<sup>1188</sup> Em uma ideia: estruturação do direito administrativo em torno de relações de convergência dos múltiplos polos de interesses e direitos enredados na atividade do Estado-administração. E, nesse cotejo entre duas maneiras de estruturar e compreender o direito administrativo, dois diferentes paradigmas<sup>1189</sup> (de um lado, o que podemos denominar

<sup>1187</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem sintetiza essa contradição: “[...] releva notar o fato de que o direito administrativo surgiu em pleno período do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico. A grande preocupação era de proteger as liberdades do cidadão; daí a elaboração do princípio da legalidade. No entanto, paradoxalmente, o direito administrativo nasceu sob o signo do autoritarismo, já que reconheceu uma série de prerrogativas (potestades públicas) à Administração Pública. Daí a afirmação de que o regime jurídico administrativo compreende o binômio: liberdade e autoridade”. *Inovações na administração pública*, 2009, p. 14. No mesmo sentido, ver SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, 2013c, p. 118.

<sup>1188</sup> Carlos Ari Sundfeld indica como matriz de análise do direito administrativo a *teoria dos antagonismos*, de modo que o papel do administrativista, diante de um quadro complexo e de múltiplas contraposições, é exatamente mapear os antagonismos em cada caso concreto para melhor interpretar o direito, considerando todos os interesses em jogo. Em grande medida, essa leitura de Carlos Ari coincide em muito com o que aqui venho a sustentar. Segundo o autor, “A teoria dos antagonismos não crê na solução dos casos pela incidência direta de elementos fixos (sejam princípios ou institutos). Os opostos convivem no direito administrativo, e para cada caso armam seus jogos: liberalismo x autoridade, liberdade x política, privatismo x estatismo, publicismo x estatismo, centralização x descentralização, principismo x consequencialismo, formalismo x resultados, direito dos administrados x direito da toga, direito de regras x direito de princípios, nacionalismo x mundialismo, burocracia x gestão, direito legal x direito constitucionalizado, direito dos juristas x direito das normas etc.”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2012, p. 86.

<sup>1189</sup> Não adentrarei aqui na discussão sobre os paradigmas científicos. Em outra oportunidade pude expor minha compreensão sobre o conceito da seguinte forma: “Os paradigmas correspondem a um conjunto de ideias básicas, que delimitam para os teóricos e pesquisadores as perguntas que traduzem problemas relevantes e importantes para um ramo da ciência e, por conseguinte, os métodos e critérios de solução tidos por adequados para resolvê-los. Um paradigma segue prevalecendo numa dada ciência até um momento em que seu ferramental científico não dá mais conta de responder às questões e demandas postas e não é mais possível descartar indagações desafiadoras sem comprometer a eficácia do conhecimento científico. Muitas vezes as próprias respostas oferecidas pelo paradigma maduro às anomalias desafiadoras acabam por gerar contradições com as premissas do paradigma, acelerando sua superação. Eis que, então, no curso deste encadeamento, um paradigma maduro perde sua capacidade de explicar e responder aos desafios da

de "paradigma bipolar" e, de outro, o que denominarei "multipolar"<sup>1190</sup>, o estudo do instituto da concessão nos mostra que (i) a bipolaridade, embora central na construção do modelo teórico do administrativismo, sempre foi desafiada por instrumentos de concertação de interesses e de emprego do particular na consecução de finalidades públicas, especialmente considerando a dinâmica operacional da concessão em casos concretos; (ii) no hodierno quadro de crescentes e complexas obrigações do Estado, a concessão se mostra um instrumento fundamental para reger o arranjo entre os múltiplos interesses enredados no provimento de utilidades públicas; e (iii) ao longo do tempo, o instituto da concessão foi se configurando, devendo, a meu ver, ser concebido hoje de maneira distinta em relação aos modelos concessórios vindos do século passado.

Com efeito, a hodierna concessão é, a um só tempo, (i) reflexo da tensão histórica entre absolutismo e Estado de Direito; (ii) campo privilegiado para enfrentamento de várias dessas tensões, dentre as quais podemos citar a contraposição de interesses em torno de um objeto ou a oposição entre vinculação ao direito (legalidade, contratualidade) e sujeição à autoridade (término antecipado, prerrogativas unilaterais, retomada); e, por fim, e principalmente, parece-me que a concessão, na concepção de contrato relacional que lhe damos,<sup>1191</sup> serve como (iii) síntese dialética para superação dessa bipolaridade, de tal sorte que permite demonstrar que é possível, mediante um acordo multipolar, alcançar equilíbrio entre posições contraditórias, formular consensos e disciplinar a permanente repactuação entre interesses, superando vários desses antagonismos.

O objetivo deste capítulo é consolidar tudo que vimos acerca do instituto da concessão, no âmbito de sua evolução histórica, dos fundamentos conceituais e dos seus diferentes regimes jurídicos no direito positivo. Mas, a par disso, é meu objetivo aqui fazer uma abordagem mais profunda da relação do instituto da concessão com o direito administrativo, concluindo por abordar a própria estrutura da concessão contemporânea no âmbito de sua função no direito administrativo.

Em grande medida isso se justifica, pois o instituto da concessão (rico, antigo e de múltiplas aplicações) se mostra um eixo condutor perfeito para a minha reflexão sobre a contraposição entre o paradigma bipolar e o seu contraposto, denominado "paradigma multipolar". Nesse desiderato, creio se justificar iniciar este capítulo pela análise de dois modos distintos de se conceber o direito administrativo: o paradigma bipolar, que domina a doutrina mais tradicional, e o paradigma multipolar, a meu ver mais consentâneo com os desafios do direito administrativo contemporâneo.<sup>1192</sup>

realidade e cede lugar a um novo paradigma. É o que faz com que a ciência sobreviva" *A superação do ato administrativo autista*, 2011a, p. 90.

<sup>1190</sup> Em um texto precioso, partindo de fundamentos teóricos distintos, Santiago Montt (*Autonomía y responsabilidad: dos expresiones de la vocación jurisdicadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales*, 2011, *passim*) trabalha também com uma oposição de paradigmas que chama de "paradigma legal" (luz vermelha) e "paradigma responsivo" (luz verde). Em linhas gerais, essa oposição também se aproxima do aqui exposto. Sobre o paradigma responsivo, ver meu *A superação do ato administrativo autista*, 2011a, p. 89-113.

<sup>1191</sup> Ver o desenvolvido no Capítulo III.

<sup>1192</sup> Note-se que aqui não estou propriamente falando da superação de um paradigma por outro, embora se possam identificar alguns indicativos de que o paradigma bipolar não mais corresponde a questões centrais do direito administrativo. Não tenho, porém, a pretensão de demonstrar existir já a superação dialética de um paradigma por outro. O contraponto entre as duas visões (ou, se quisermos, entre os dois paradigmas) se presta a demonstrar duas maneiras distintas de se conceber o direito administrativo, não sem indicar, aqui ou ali, pontos em que a multipolaridade explica melhor os desafios do direito administrativo para além da oposição antagônica entre autoridade e liberdade.

## V.2 Direito administrativo bipolar: garantidor da liberdade ou efetivador da autoridade?

### V.2.1 A construção da bipolaridade

3 A história oficial do direito administrativo foi escrita com base na contraposição autoridade *versus* liberdade e em todas as dicotomias que dela decorreriam, como público-privado e indivíduo-coletivo. Contudo, premido pelos dois polos, o direito administrativo se transformou, de um direito que se pretendia assecuratório da liberdade, garantidor do indivíduo em face do poder, em um direito da exorbitância, um direito de efetivação da autoridade. Isso em grande parte pela necessidade de se afirmar como conteúdo e como método perante outros ramos, em especial perante o direito comum. Embora apoiado na ideia de que a autoridade provém da outorga conferida pelos indivíduos,<sup>1193</sup> o processo de autonomia da autoridade em relação à sociedade e aos indivíduos que a compõem (que estou aqui a designar por “privados”) fez com que o Estado – e, por conseguinte, a Administração Pública – se tornasse não subordinado e dependente dos indivíduos, mas, ao contrário, muitas vezes indiferente e sempre a prevalecer sobre aqueles.

É esse processo que vemos ilustrado no itinerário do direito administrativo.

#### V.2.1.1 Liberdade e autoridade na origem do direito administrativo

4 Em trabalho anterior,<sup>1194</sup> procurei mostrar que o surgimento do direito administrativo está ligado à combinação de dois processos que têm lugar a partir do final da Idade Média. Referia-me à concentração do poder nas mãos do soberano, seguida do esforço para delimitar e conter esse poder, sujeitando-o a limites e regramentos. Dizia então que o modelo teórico sobre o qual se assenta o direito administrativo é caudatário da afirmação do Estado moderno, com a concentração do poder ensejada pelo absolutismo. A este, demonstrei, correspondeu um poder inicialmente desprovido de limites, altamente concentrado e, em geral, desmedido (o que facilmente convola para o despotismo), aquele poder absoluto que os movimentos revolucionários do final do século XVIII e do início do século XIX, capitaneados pela burguesia insurgente, cuidaram de tentar frear, limitar: “Neste quadrante é que se afirmará a prevalência da ordem jurídica e, de certa forma, [emergirá] o Direito Administrativo”.<sup>1195</sup>

Logo surgiram os mecanismos para permitir que aquele poder unificado se tornasse mais efetivo, contornando os limites ditados pela adstrição do poder à lei (emanada do Parlamento) e sua submissão ao controle pela jurisdição.<sup>1196</sup>

<sup>1193</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos*, 2005, p. 102-108.

<sup>1194</sup> Ver meu *Regulação estatal e interesses públicos*, 2002b, especialmente p. 56 *et seq.*

<sup>1195</sup> *Regulação estatal e interesses públicos*, 2002b, p. 65.

<sup>1196</sup> Quase concomitantemente à afirmação dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, surgiram seus “antídotos”. Por um lado, o crescimento das margens de discricionariedade conferida ao Estado-administração, acompanhado do desenvolvimento da noção de mérito administrativo insindicável à apreciação do Judiciário. Por outro, a jurisdição administrativa (nos países de dualidade de jurisdição) e as interdições judiciais ao mérito administrativo (nos países de jurisdição una) associadas à teoria da discricionariedade administrativa. Como ensina Romeu Felipe Bacellar Filho, ao mesmo tempo que a dualidade de jurisdição permite uma especialidade maior do julgador na solução dos conflitos envolvendo a Administração

Asseverava, no trabalho referido, que esses dois processos (concentração e delimitação do poder) se refletiam na permanente tensão em torno da qual o direito administrativo se construía. De um lado, o direito administrativo como direito exorbitante, ramo jurídico continente de regras e instrumentos consumidores do poder extroverso. De outro, o mesmo direito administrativo a contemplar regras de proteção contra abusos desse poder.<sup>1197</sup>

E, em certa medida, essa tensão se reflete não apenas no contraponto autoridade-liberdade, mas também na própria discussão sobre o momento e os fundamentos da origem do direito administrativo.

5 O direito administrativo é um ramo jurídico razoavelmente recente,<sup>1198</sup> em que pese à existência de normas disciplinando a atuação do Poder Público em todas as manifestações de sociedades politicamente organizadas.<sup>1199</sup> Nem sempre tais regras tiveram o objetivo de condicionar e limitar a atuação do soberano e de seus prepostos, mas, particularmente sob um enfoque estrutural,<sup>1200</sup> qualquer organização do poder

Pública, “[...] a presença de uma jurisdição especial para a Administração pode ser encarada como um privilégio que conduz à formação de um direito de exceção”. *Reflexões sobre o direito administrativo*, 2009, p. 69. No mesmo sentido, ver também DELVOLVÉ, Pierre. *Le droit administratif*, 2010, p. 80 et seq. É nessa linha que Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva indica ser o “pecado original” do contencioso administrativo o fato de ter nascido como “[...] um contencioso privativo da Administração [...]”. *Em busca do acto administrativo perdido*, 2003, p. 28. No decorrer de todo o período revolucionário francês, aponta o autor, era marcante a confusão entre contencioso administrativo e Administração Pública, que providencialmente se via livre do controle judicial a cargo da Justiça Comum (na qual ainda havia uma forte permanência de valores e agentes advindos da nobreza). Ainda com o avanço para o sistema de justiça delegada introduzido em 1872, a aproximação entre jurisdição administrativa e Administração Pública se perpetuou: “[...] medida que o contencioso administrativo se vai, progressiva e paulatinamente, autonomizando da Administração, e os órgãos do contencioso administrativo se vão transformando em verdadeiros tribunais, esse ‘compromisso inicial’ relativo à natureza da entidade fiscalizadora da Administração tende a esbater-se, mas o seu ‘espírito’ continuará a determinar a estrutura do contencioso”. *Em busca do acto administrativo perdido*, 2003, p. 34. Paulo Otero utiliza a expressão “ilusão garantista da gênese” para designar o mesmo fenômeno de permanência da autoridade na construção do direito administrativo. *Legalidade e administração pública*, 2003, p. 271. Análise semelhante também é desenvolvida na literatura brasileira por Gustavo Binenbojm, que trabalha com a chave “contradições na gênese do direito administrativo” para explicar a “[...] crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro”: “[...] a crise dos paradigmas do direito administrativo não se constitui apenas do novo, mas exhibe também, em larga medida, alguns vícios de origem. Não obstante, as transformações que passou o Estado moderno, desde a ascensão do Estado providência até o seu colapso, verificado nas últimas décadas do século XX, assim como a emergência do Estado democrático de direito, agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública”. *Uma teoria do direito administrativo*, 2008, p. 22-23. Os eixos que remetem à gênese do direito administrativo colocado em xeque, segundo o autor, com as transformações do Estado são os seguintes: (i) o princípio da supremacia do interesse público; (ii) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; (iii) a intangibilidade do mérito administrativo; e (iv) a ideia do Poder Executivo unitário.

<sup>1197</sup> Na feliz imagem de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, esse processo pode ser comparado metaforicamente ao périplo de Robinson Crusoe, que, ao chegar à ilha, busca primeiramente reunir todos os petrechos que lhe permitam fortificar-se e concentrar poder. Só depois sai em expedição, para estabelecer relações em um ambiente de liberdade. Diz o autor português: “De igual modo, na história do Estado, há um primeiro momento de máxima concentração e unificação do poder, que corresponde à teorização do Estado ditatorial [...] e um segundo momento, em que o Estado já se sente suficientemente ‘forte’ para ir à procura do Homem, para estabelecer uma organização política que seja o garante da liberdade e dos direitos individuais dos cidadãos, através do expediente técnico da separação de poderes”. *Em busca do acto administrativo perdido*, 2003, p. 15.

<sup>1198</sup> Nesse sentido é a célebre frase “Unser Verwaltungsrecht ist ein junges recht”, de MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*, 1982, p. 18. No mesmo sentido, ver CASSESE, Sabino. *Lo spazio giuridico globale*, 2006b, p. 150.

<sup>1199</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de derecho administrativo*, 2011, p. 58-59.

<sup>1200</sup> É, por exemplo, a lição de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 2013, p. 1. Acerca da situação de preexistência de uma estrutura administrativa forte e organizada durante o período absolutista, que serviu de base para o desenvolvimento do direito administrativo, ver ENTERRÍA, Eduardo García de. *La*

político dotada de alguma complexidade sempre demandou uma disciplina que poderíamos chamar “jurídica”.<sup>1201</sup> É controverso o emprego da denominação “direito administrativo” a qualquer corpo de normas voltado a essa disciplina. Tampouco podemos dizer que a ordenação jurídica da atuação do Estado seja uma criação exclusiva do Estado moderno. Fruto da modernidade é a preocupação de conferir limites à atuação dessa estrutura e de assegurar direitos aos indivíduos quando de seu relacionamento com o poder estatal.<sup>1202</sup>

6 Essa linha de entendimento baliza grande parte das explicações dadas pela doutrina para o surgimento do direito administrativo. A corrente majoritária dos administrativistas identifica o surgimento do direito administrativo com o momento em que o poder passa a se submeter ao direito (*momento em que se afirma a ideia de legalidade administrativa*) e com a tripartição de Poderes.<sup>1203</sup> Sua afirmação como ramo autônomo estaria, então, ligada ao desenvolvimento do Estado de Direito,<sup>1204</sup> no qual passaram a estar sujeitos à lei e aos mecanismos de controle não só os súditos, mas também os detentores do poder estatal.<sup>1205</sup>

O direito administrativo seria, portanto, caudatário do processo de universalização da legalidade (entendida como submissão de todos, inclusive do soberano, ao comando legal emanado do Parlamento) e do processo de segregação de poderes (com isolamento dos poderes administrativos no Executivo, alocação da atividade normativa no Parlamento e da atividade de julgar no Judiciário, ainda que esta última dimensão fosse logo contornada com a dualidade de jurisdição nos países que a adotaram). Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o direito administrativo seria, então, herdeiro das revoluções que sepultaram o absolutismo.<sup>1206</sup> Para outro importante administrativista, “o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração [é o Direito] que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica

*lengua de los derechos*, 2005, p. 181. Ver também BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard, *Le droit administratif français*, 2005 p. 29-34. Ainda, RIVERO, Jean, *Droit administratif*, 1977, p. 13.

<sup>1201</sup> GIANNINI, Massimo Severo, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, 1973, p. 209. Sobre a existência de normas administrativas anteriormente ao advento do Estado moderno, ver BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito administrativo*, 2008, p. 1.

<sup>1202</sup> O que se aproxima, em certa medida, da concepção de Luis Filipe Colaço Antunes, para quem “[...] o direito administrativo surge, precisamente, quando o Estado assume a forma histórica de ordenamento jurídico geral. Nem antes, nem depois”. *O direito administrativo sem Estado*, 2008, p. 22.

<sup>1203</sup> Odete Medauar é clara quanto a um desses aspectos: “Indubitável, assim, que o princípio da separação de poderes configura pressuposto da formação do direito administrativo”. *O direito administrativo em evolução*, 2003, p. 23. Na síntese de Alexandre Santos Aragão: “O Direito Administrativo só passa a existir como tal quando da autolimitação do Estado pelo Princípio da Separação de Poderes”. *Curso de direito administrativo*, 2012, p. 1. No mesmo sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Do direito privado na administração pública*, 1989, p. 45.

<sup>1204</sup> “Non meno essenziale è però, perchè esista un diritto amministrativo, un altro pressupposto: che lo Stato sia uno Stato di diritto. Tale concetto sta a significare il primato della legge; il superamento della formula del sovrano legibus solutus (propria dello Stato assoluto), e la soggezione dello stesso Stato (come soggetto) alle norme giuridiche da esso instaurate (come Stato-ordinamento)”. SANDULLI, Aldo, *Manuale di diritto amministrativo*, 1969, p. 19.

<sup>1205</sup> José Eduardo Faria explica esse mecanismo de desenvolvimento do direito público como fruto da percepção, no final do século XIX, da impossibilidade de consenso, o que leva à positividade jurídica, fórmula que permite conferir segurança às expectativas e elidir o perigo do arbítrio. *Poder e legitimidade*, 1978, p. 32-33.

<sup>1206</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 2013, p. 2.

e restrito  
genericar

Ou  
limitação  
ao Estad  
e Domini  
próprio p

Po  
direito ac  
disciplin  
Seria, poi  
e de prot

7 F  
direito ac  
uma inst  
tripartição  
jurisdição.

- submis  
portuguê  
uma gên  
tendênci

Francesa  
da liberd  
direito a  
com ver

A  
estreita e  
Estado d  
Giannini

<sup>1207</sup> BANDE

<sup>1208</sup> WEIL, J

<sup>1209</sup> BANDE

<sup>1210</sup> No que  
inconvé  
l'admin  
libéraux  
que le v  
Napoléon  
puissan  
ces con

2005, p.

<sup>1211</sup> OTERO

<sup>1212</sup> OTERO

Pascoal

<sup>1213</sup> Refiro-me

obra de

agora c

nistrati

Essa pu

e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente".<sup>1207</sup>

Ou seja, na construção do ideário bipolar, o direito administrativo seria fruto da limitação do poder extroverso, seria o direito da contenção e da subordinação do poder ao Estado de Direito. Subordinação que seria mesmo, na feliz expressão de Prosper Weil e Dominique Pouyaud, um milagre, pois decorreria da "autolimitação voluntária" do próprio poder extroverso, justamente no momento de sua afirmação plena.<sup>1208</sup>

Por milagre ou por "acidente histórico", para a grande maioria dos autores, o direito administrativo se constituiu como o ramo do direito voltado principalmente a disciplinar, conter e controlar o poder submetido aos quadrantes do Estado de Direito. Seria, pois, um direito de contenção da autoridade, um "direito defensivo do cidadão"<sup>1209</sup> e de proteção das liberdades e dos indivíduos.

Há, porém, uma gama de autores de relevo que questiona essa relação entre o direito administrativo e a limitação do poder. Paulo Otero é um deles. Após passar por uma instigante desconstrução da tese de que o direito administrativo seria legatário da tripartição de Poderes, focando no exemplo francês para sustentar que a dualidade de jurisdição se presta justamente a evitar que a administração se submeta ao Judiciário<sup>1210</sup> – submissão essa, plena, que se esperaria à luz da teoria de Montesquieu – diz o autor português que apenas "por manifesta ilusão de ótica ou equívoco se poderá vislumbrar uma gênese garantística no Direito Administrativo".<sup>1211</sup> Para ele, seria um direito de tendência violadora da igualdade, cuja construção, desde suas origens no pós-Revolução Francesa, estaria apoiada na consagração e na efetivação da autoridade em detrimento da liberdade dos indivíduos. Nas palavras de Paulo Otero, as teorias que explicam o direito administrativo como voltado a conter e submeter o poder padeceriam do que, com verve, denomina de "ilusão garantística da gênese"<sup>1212</sup>.

A crítica talvez mais antiga – e certamente a mais embasada – à identificação estreita entre o surgimento do direito administrativo enquanto tal e o advento do Estado de Direito é a desenvolvida, ao longo de sua profícua obra, por Massimo Severo Giannini. Desde seu mais precoce trabalho,<sup>1213</sup> publicado quando tinha apenas 25 anos,

<sup>1207</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 2013, p. 47.

<sup>1208</sup> WEIL, Prosper; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*, 2008, p. 5.

<sup>1209</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 2013, p. 47.

<sup>1210</sup> No que coincide com a lição de Guy Braibant e Bernard Stirn, "Cette situation présentait en effet des inconvénients évidents. Elle risquait de mener rapidement à une sorte de despotisme administratif ou l'administration aurait été à la puissante et non contrôlée. [...] Elle n'était pas davantage conforme aux principes libéraux qui avaient dominé la Révolution, notamment au respect des droits de l'homme. C'est pour ces motifs que le vide a été en quelque sorte comblé sous un régime dirigé par un homme qui était pourtant autoritaire, Napoléon, par la création d'une juridiction spéciale pour contrôler l'administration. L'administration était puissante, elle avait besoin d'être contrôlée, elle ne devait pas l'être par les tribunaux judiciaires; il était dans ces conditions logique de créer une juridiction spéciale chargée de ce contrôle". *Le droit administratif français*, 2005, p. 31.

<sup>1211</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, 2003, p. 281.

<sup>1212</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, 2003, p. 273. Na mesma linha vai SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, 2003, p. 24.

<sup>1213</sup> Refiro-me ao seu *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, publicado inicialmente em 1940 em uma obra denominada *Annali d'un Ateneo*. Afortunadamente o texto foi republicado em 1973 pela Giuffrè, em versão agora compulsada e que deveria ser de leitura obrigatória para quem se propõe a estudar o direito administrativo. GIANNINI, Massimo Severo. *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, 1973, p. 179-274. Essa publicação contém um adendo que, por si só, vale a leitura (p. 263-274).

o administrativista italiano defende que seria equivocado relacionar o advento desse ramo do direito à afirmação do Estado de Direito.<sup>1214</sup> A tese foi sendo afinada ao longo de toda a sua obra e é assim sintetizada no seu *Corso*: “As opiniões sobre a origem do direito administrativo [...] são variadas. A mais difundida, e incompreensível, seria a de que isso teria sido decorrência do ‘Estado de Direito’. É nitidamente falsa porque também os Estados do grupo anglo-americano são Estados de Direito e não têm direito administrativo. Igual juízo vem expresso para aqueles que ligam tal surgimento à adoção do princípio da divisão de Poderes”.<sup>1215</sup>

Entre nós, cresceram nos últimos anos as críticas à associação entre o direito administrativo e o Estado de Direito (e seus vetores legalidade e separação de Poderes). A mais contundente dessas críticas veio de Gustavo Binbenojm, no livro que se originou de sua tese de doutoramento.<sup>1216</sup> Nele, sustenta que o direito administrativo não decorre de um processo de submissão do poder ao direito (e, portanto, não é um veículo assecuratório da liberdade), mas sim de um movimento de reposicionamento do poder, tendo em vista a permanência e a reprodução do seu viés autoritário. Diz de maneira contundente o administrativista fluminense: “associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrílica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações [...]. O surgimento do Direito Administrativo e de suas categorias jurídicas peculiares [...] representou antes uma forma de reprodução das práticas Administrativas do Antigo Regime que sua superação”.<sup>1217</sup>

8 Malgrado a relevância das críticas e o respeito tributado a seus autores, não creio que se possa negar a relação entre o surgimento do direito administrativo e o esforço por delimitar o exercício do poder extroverso. Antes, afino-me ao entendimento de Gaspar Ariño Ortiz de que tal ramo do direito é resultado da luta pelo poder, do conflito entre o Estado e a sociedade.<sup>1218</sup> Em grande medida, toda sua construção histórica traz essa tensão, que acirra e reforça o caráter bipolar. Por conseguinte, é também resultante da tentativa de contenção desse poder, originada nos movimentos revolucionários do final do século XVIII e do início do século XIX, momento de afirmação do Estado moderno.<sup>1219</sup>

<sup>1214</sup> Uma síntese das razões trazidas por Massimo Severo Giannini em respaldo à sua tese é apresentada por MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 2003, p. 23-24.

<sup>1215</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Corso di diritto amministrativo*, 1965, p. 34, tradução livre. No original: “Le opinioni circa l’origine del diritto amministrativo [...] sono molteplici. La più diffusa, e incomprensibile, sarebbe che il Stato è risultato del ‘Stato di diritto’. E anche chiaramente falso perché gli Stati dello gruppo anglo-americano sono stati e non hanno diritto amministrativo. Stesso giudizio viene espresso per coloro che chiamano questa emergenza per l’adozione del principio della divisione dei poteri.”

<sup>1216</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 2008, *passim*.

<sup>1217</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 2008, p. 11.

<sup>1218</sup> Diz o jurista espanhol: “En primer lugar, puede afirmarse que el Derecho Administrativo es como la resultante de la lucha por el Poder, de la lucha entre el Estado y La Sociedad; esto se manifestará, de una parte, en la tensión Parlamento-Gobierno (toda la teoría de las normas y la progresiva racionalización y control del poder normativo responde a ello; también el principio de legalidad, la teoría de las potestades, los planteamientos presupuestarios, etc.); y, de otra, en la tensión Administración-Juez (la historia del Derecho Administrativo es, en este sentido, la historia del sometimiento al derecho de las inmunidades del poder, en frase de García de Enterría, o, si se quiere, la historia de la defensa del ciudadano frente las intromisiones del poder en el ámbito de sus derechos). El Derecho Administrativo ha sido el instrumento de afirmación de la supremacía o de la garantía, según el predominio de las fuerzas en juego”, ARTÑO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de administración y políticas públicas*, 2011, p. 34.

<sup>1219</sup> BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*, 1916, p. 2.

Evidentemente, no âmbito desses processos, os setores que ascendiam ao poder tinham clareza dos riscos ensejados pelo descontrolo do poder extroverso e, por conseguinte, da importância de coartá-lo. E a tinham porque esses setores vinham de sofrer as consequências dos abusos do poder das monarquias absolutas e sabiam da importância de submeter tal poder a comandos gerais e universais, não decorrentes da vontade pessoal do seu detentor.<sup>1220</sup> O objetivo dos setores ascendentes (especialmente a burguesia) era a contenção do poder representado pela monarquia, evitando que se retomasse a concentração despedada do período anterior. Nesse momento, inexistia preocupação significativa com a consecução ou a promoção de direitos para além daqueles próprios à liberdade, ressaltando o caráter bipolar autoridade *versus* liberdade.

Note-se que não se está a dizer nem que as normas regentes da atividade administrativa só surgiram nesse período,<sup>1221</sup> nem que a limitação e o controlo do poder estatal lograram tornar a ação administrativa menos intrusiva em face da sociedade. Porém, sem dúvida, o esforço de submeter o exercício concreto do poder a regimentos gerais e abstratos emitidos pelo Parlamento e de permitir a conferência da legitimidade das suas manifestações concretas pelo cotejo com aquelas prescrições legais tem o nítido condão de oferecer limites e parâmetros contra o abuso e a concentração do poder. Prende-se, assim, ao vetor de proteção das liberdades dos privados.<sup>1222</sup>

Mesmo as consideráveis críticas de Massimo Severo Giannini não são suficientes para afastar a relação do surgimento do direito administrativo com o momento de afirmação do Estado moderno e de sua caracterização como Estado de Direito.

Em obra seminal,<sup>1223</sup> Odete Medauar cuida de demonstrar não serem as oposições apresentadas pelo administrativista italiano bastantes para negar esse vínculo. Após sintetizar os fundamentos da tese de Massimo Severo Giannini, a professora demonstra que (i) não procede falar que já no Estado de Polícia existia disciplina jurídica da relação indivíduo-Estado, por não ser concebível tratar como disciplina jurídica regimentos que só fixem direitos (*potestas*) a uma das partes e sujeições à outra; (ii) a introdução da relação direitos-deveres e a sujeição do poder à lei – próprias ao Estado de Direito –, embora não prediquem necessariamente a existência de um direito administrativo, são

<sup>1220</sup> Em obra dedicada exatamente a expor a influência do ideário da Revolução Francesa no modelo político e administrativo de França (modelo de Administração Pública que, inclusive, influenciou toda a construção do direito administrativo europeu continental e, por conseguinte, o nosso), Pierre Rosanvallon expõe esse movimento (que designa como “de corte liberal”) na primeira fase da Revolução Francesa. Diz o autor: “Le règne de la loi que les hommes de 1789 appellent de leurs vœux a bien une dimension évidemment ‘libérale’. La loi apparaît comme ‘le gage de la liberté’, pour reprendre une expression qui fleurit dans les adresses à l’Assemblée nationale. ‘La loi, disait Talleyrand, ne doit être que la liberté elle-même’. Le règne de la loi constituée ne fctauxyeux de tous l’antithèse de l’arbitraire. Les formules canoniques de Montesquieu sont sur ce point dans toutes les têtes, et le despotisme est spontanément stigmatisé comme une sorte de régime dans lequel, ‘un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par savolonté et ses caprices’. Pour dire les choses autrement, le despotisme est assimilé au pouvoir de la particularité (le ‘bonvouloir’ du prince comme arbitraire) alors que la liberté est garantie par la généralité de la règle: généralité comme origine (production parlementaire); généralité comme forme (caractère impersonnel de la norme); généralité comme mode d’administration (l’État)”. *Le modèle politique français*, 2004, p. 85.

<sup>1221</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, 2013e, p. 29 *et seq*; GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, 1970, p. 3-32.

<sup>1222</sup> “O que há de significativo neste novo período é que os sujeitos incumbidos de exercer o poder político deixarão de apenas impor normas aos outros, passando a dever obediência – no momento em que atuam – a certas normas jurídicas cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir, em consequência, o controlo do poder pelos seus destinatários.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, 2013e, p. 35.

<sup>1223</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 2003, p. 23-24.

pressupostos dele; (iii) não calha dizer que o vínculo inexistente por haver países em que viceja o Estado de Direito sem haver direito administrativo – como o caso inglês – pois, no claro entendimento de Odete Medauar, além de ser discutível que no direito anglo-saxão inexistiria direito administrativo, o direito regente das relações Estado-indivíduo na Europa continental é bastante diverso daquele existente no período histórico anterior; e, por fim, (iv) o reducionismo de se usar a existência de direito administrativo como indicativo do Estado de Direito não seria suficiente para demonstrar que Estado de Direito e direito administrativo são absolutamente indiferentes, independentes.

Daí a precisa afirmação de Odete Medauar de que o Estado de Direito – com a submissão do poder extroverso à norma obrigatória e sancionada externamente ao Executivo (legalidade) – é fator propício, requisito mesmo, para existir um direito administrativo tal como o concebemos hoje.<sup>1224</sup>

### V.2.1.2 Ruptura com o passado e a tradição

9 A identificação da afirmação do direito administrativo, na sua contemporânea acepção, com o Estado de Direito, acaba por reforçar o caráter bipolar desse ramo jurídico. Sim, pois, entendido como ramo do direito voltado a disciplinar as relações concretas de contraposição entre Estado e particulares, o direito administrativo é concebido como instrumento de articulação entre aqueles dois polos presumidamente antagônicos. Ocorre que essa articulação, que inicialmente se pretendia em favor do polo da liberdade (indivíduo), com o tempo se inclinou para o polo da autoridade (aparato estatal).

A concepção tradicional do direito administrativo é legatária do processo de universalização da legalidade e de superação das imunidades do poder aos limites e aos controles ditados pelo direito. O que não significa dizer, longe disso, que esse ramo jurídico não absorveu e não incrementou os instrumentos e fundamentos do poder no regime anterior, o Estado de Polícia. Nem significa que, ao longo do seu processo de construção e afirmação, o administrativismo não tenha se afastado do seu viés garantista e assecuratório da liberdade para gradualmente se configurar como um direito efetivador da autoridade.

Não se pode negar que, no período imediatamente anterior aos movimentos de ruptura com o poder absoluto do final do século XVIII, existiam na Europa estruturas administrativas consolidadas. Tratava-se de uma burocracia que, no geral,<sup>1225</sup> não era profissional, no sentido weberiano, mas era, em grande medida, organizada em torno do rei e observava procedimentos e comandos regulares. Os soberanos dispunham de instrumentos para o exercício do poder. Impostos e *canons* eram arrecadados. Intervenções ordenadoras eram cotidianamente encetadas. Atividades dos indivíduos eram disciplinadas, condicionadas ou coatas. Privilégios eram outorgados, muita vez em caráter de exclusividade. Tudo com grande margem de discricção ou arbítrio. Tudo isso, vimos, se refletia em determinada configuração do instituto da concessão, concebido àquele tempo como um instrumento de outorga de privilégios.

<sup>1224</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 2003, p. 23-24.

<sup>1225</sup> Com exceção de alguns cantões suíços ou alguns governos locais mais estruturados.

Essa experiência foi de grande valia na construção do Estado moderno, então sob nova concepção de regramento e sob novo comando. Mas a gênese do poder (concentrado e incontestável por definição) e a utilidade dos instrumentos permaneceram. Nas precisas palavras, uma vez mais, de Massimo Severo Giannini, "a Revolução Francesa (acompanhada das revoluções liberais subsequentes) retirou de cena os tipos estruturais do absolutismo pleno e do absolutismo iluminado e introduziu um novo tipo estrutural, que foi chamado de 'direito administrativo'; essa é a substância do evento que foi importante porque marcou a introdução de um novo tipo de Estado, ao qual, de pronto, seguiram transformações constitucionais, mas o qual conservou o tipo estrutural então absorvido, sempre aperfeiçoado".<sup>1226</sup>

No embate entre a tradição autoritária e os câmbios liberais, emancipatórios e garantistas, o polo da autoridade prevaleceu sobre o da liberdade, sem, contudo, o erradicar. Vários fatores colaboraram para essa prevalência do vetor autoritário. Do ponto de vista histórico, muito se deve à experiência revolucionária francesa. Dois fatos são destacáveis. Primeiro, a circunstância de que a França pré-revolucionária dispunha de uma estrutura administrativa bastante bem montada e eficiente, legado dos êxitos do processo de centralização e concentração do poder<sup>1227</sup> por lá. Segundo, o fato de que a França pós-revolucionária logo teve de enfrentar, na guerra de restauração, praticamente todos os reinos europeus. Fácil perceber, portanto, quão relevante foi, para a consolidação do novo modelo de Estado, dispor de uma estrutura administrativa forte, eficiente, coesa e não muito submetida a limites e controles que empecassem o pleno exercício de suas funções. Agregue-se a isso ainda o fato de que, moldada em tempos de guerra, essa estrutura administrativa, de origem monárquica absolutista, mimetizou a estrutura hierárquica, concentrada e rígida, de matiz militar.<sup>1228</sup>

Daí ser apenas parcialmente correto ligar o viés autoritário do direito administrativo exclusivamente à sua herança do Estado absoluto. Também foi a experiência do Estado moderno que reforçou o polo da autoridade, sempre em detrimento do polo da liberdade, moldando-o mais como um direito de efetivação do poder do que como um direito de contenção do exercício da autoridade.

10 Em muito influenciada pela experiência francesa, a construção do direito administrativo, que teve lugar a partir do século XIX, focou predominantemente a estrutura da administração e os instrumentos à sua mercê. Entre os polos da liberdade e da autoridade, o direito administrativo, no seu devir, acabou por pender para a autoridade, fez prevalecer o viés estrutural.<sup>1229</sup> Ao pretender se diferenciar do direito comum (especialmente nos países que então adotaram a dualidade de jurisdição, premidos pelo desafio da especialização de competências), o direito administrativo ora apoiou sua referência na estrutura do Estado-administração, ora enfocou os instrumentos de autoridade, na exorbitância do seu regime. Com isso, foi se distanciando da função garantística inerente à liberdade, de limitação do poder, controlador do exercício

<sup>1226</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Corso di diritto amministrativo*, 1965, p. 31.

<sup>1227</sup> BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard. *Le droit administratif français*, 2005, p. 29.

<sup>1228</sup> Moldada no período napoleônico, não seria de se imaginar uma influência mais predominante que a do estamento militar.

<sup>1229</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Corso di diritto amministrativo*, 1965, p. 38.

deste, que originalmente deveria caracterizar esse ramo jurídico no âmbito do Estado de Direito.<sup>1230</sup>

Ademais, a ideia de um direito especial (que não tem como característica um maior controle ou uma preocupação reforçada em limitar seu exercício, mas cuja especialidade reside no manejo de prerrogativas exorbitantes) contraria exatamente aquele pressuposto de generalidade, uniformidade e universalidade do direito como freio e contrapeso ao poder extroverso. Aquela intenção dos “homens de 1789” de ser possível uma lei marcada pela generalidade e pela abstração acaba por ceder a uma legalidade especial, voltada à ação de um único sujeito. Uma lei, nos dizeres de Eduardo García de Enterría, estatutária.<sup>1231</sup>

11 Diferentemente de outros ramos jurídicos, o direito administrativo, embora adstrito à legalidade, não se originou nem se estruturou em torno de uma lei, um código ou um conjunto de normas positivas.<sup>1232</sup> Ao contrário do direito civil, do direito penal, dos ramos do direito processual, do direito comercial,<sup>1233</sup> o direito administrativo, mesmo nos países de tradição romanística, se construiu tendo por base um tipo específico de relação jurídica: a relação entre o indivíduo e o Estado. Além disso, podemos dizer que, na tradição europeia continental, o direito administrativo é um ramo do direito de positividade tardia.<sup>1234</sup>

Muitos autores procuram demarcar o surgimento do direito administrativo pela *Loi 28 do Pluviôse*, de 1800, editada por Napoleão no momento de consolidação da Revolução Francesa para disciplinar positivamente as premissas de organização administrativa do Estado francês então em construção. Mas tal marco não pode servir mais que uma curiosidade histórica, pois, mesmo no direito francês, o desenvolvimento do direito administrativo foi impulsionado por princípios e institutos de construção doutrinária e jurisprudencial, com base nas decisões do Conselho de Estado daquele país.<sup>1235</sup>

Se formos pensar no conteúdo do que compõe o que entendemos por direito administrativo, seremos obrigados a concordar que esse ramo do direito é, em grande medida, fruto e continuidade do processo de reconfiguração política inaugurado com o declínio do feudalismo e com a concentração do poder no absolutismo.<sup>1236</sup> De resto, muitos dos institutos aproveitados pelo direito administrativo foram trazidos, ainda

<sup>1230</sup> “Dés lors, le droit administratif d’aujourd’hui et de toutes origines mêmes, ne résisterait pas au critère kantien, parce qu’il est justement, dans son fondement, dans ses dispositions et dans sa finalité, un droit exorbitant du droit des individus et par cela même privilégié, insusceptible de généralisation, comme l’imposait l’impératif catégorique. Ce n’est pas non plus, à l’instar des autres branches du droit public [...] un droit directement instrumental pour la liberté, mais au contraire un droit portant habilitation d’une suprématie générale sur la liberté, en vertu de fins substantielles; c’est dire qu’il s’agit d’un droit rigoureusement transpersonnel”. ENTERRÍA, Eduardo García de. *Revolución Francesa et administración contemporánea*, 1986, p. 22.

<sup>1231</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario*, 1960, p. 331-332.

<sup>1232</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 2013, p. 48-49.

<sup>1233</sup> E, posteriormente, do direito do trabalho e de outros segmentos mais específicos, como o direito do consumidor, ambiental e eleitoral.

<sup>1234</sup> Maurice Hauriou lembra: “Le pouvoir administratif fut relevé, le pouvoir judiciaire fut abaissé. Ce nouvel état de choses fut consacré par la Constitution du 22 frimaire an VIII et par la loi d’organisation administrative du 28 pluviôse an VIII que l’on a appelée avec raison la Constitution administrative de la France”. *Précis élémentaire de droit administratif*, 1938, p. 3.

<sup>1235</sup> “Traversant depuis plus de deux siècles les changements de régime, le Conseil d’État est une institution qui a profondément marqué la vie française et sans laquelle le droit administratif ne serait pas ce qu’il est.” WEILL, Prosper; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*, 2008, p. 94.

<sup>1236</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *Revolución Francesa et administración contemporánea*, 1986, p. 25.

que reconfigurados, do Antigo Regime.<sup>1237</sup> Por fim, temos de considerar que o marco positivo da lei francesa de 1800 era exclusivamente organizacional, muito pouco tratando da relação Estado-indivíduo.<sup>1238</sup>

Efetivamente, em diversos países – e de maneira acentuada no caso brasileiro –, o surgimento de leis disciplinando aspectos relevantes do direito administrativo se deu apenas depois de já se ter um corpo de princípios e conceitos sedimentados,<sup>1239</sup> determinando limites e pressupostos da atuação da administração.<sup>1240</sup>

O que definiu, originalmente, o direito administrativo como ramo jurídico autônomo foi o seu objeto: a prescrição de um conjunto de disposições (como dito, nem sempre positivadas) que afastam ou derogam princípios e normas do direito comum para disciplinar relações jurídicas de que participe o Estado-administração. Ou seja, tem por objeto a disciplina específica da atuação jurídica da Administração Pública, a sua estrutura e o exercício de suas funções em contraposição aos indivíduos. Constitui, em suma, o seu objeto o conjunto de regras disciplinadoras das relações jurídicas especiais envolvendo parcela do Estado (Administração Pública) com os indivíduos. Não é por outra razão que, como vimos no Capítulo II, a partir de então o instituto da concessão foi reconfigurado para assumir, ao mesmo tempo, um caráter contratual e um regime especial de contrato, marcado por cláusulas especiais (exorbitantes) que reforçam o polo da autoridade em detrimento da liberdade contratual e da vinculação das partes ao pacto.

<sup>1237</sup> O exemplo mais célebre é do instituto do poder de polícia, mas outros poderiam ser listados, como a requisição ou a figura do domínio eminente. Além disso, como tive a oportunidade de demonstrar no Capítulo II, a própria concessão foi trazida do Antigo Regime, sendo reconfigurada nos quadrantes do direito administrativo moderno.

<sup>1238</sup> Como bem aponta Odete Medauar, “[...] uma das dificuldades da aceitação da tese da ruptura está no enunciado da origem do direito administrativo em termos estritamente normativos; basta adotar a concepção de direito diferente da normativa para que aquela referência tenha menos certeza; além do mais, a lei francesa de 1800 dizia respeito somente à Administração, e o direito administrativo implica dois termos, a Administração e o indivíduo”. *O direito administrativo em evolução*, 2003, p. 21. A esse respeito, ver também MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 2013, p. 45-46; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, 2013, p. 4; e BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, 2002, p. 42.

<sup>1239</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro (500 anos de direito administrativo, 2002, p. 127-128) indica que desde o Brasil Colônia as relações jurídico-administrativas brasileiras eram regidas pelo corpo de leis do Reino de Portugal (Ordenações), mas, na prática, não tiveram qualquer aplicação nacional, prevalecendo os usos e os costumes. Sem existir, à época, um direito administrativo como ramo autônomo, as esparsas normas que então existiam disciplinavam as relações do monarca com seus delegados, com a Igreja e com os colonos. Apenas no período imperial, quando se lhe perceberia como um ramo do direito distinto do comum, o direito administrativo passou a se desenvolver no Brasil, como indica a autora: “Já havia, na época do Império, uma Administração Pública organizada e a consciência de que existia um direito administrativo distinto do direito civil, embora sem a amplitude de hoje. Era mais visto como um complexo de leis”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *500 anos de direito administrativo*, 2002, p. 131.

<sup>1240</sup> Nesse sentido, não deixa de ser curioso que o direito administrativo, caudatário da premissa moderna de sujeição do poder à lei e ao direito e tendo como pilar básico o princípio da legalidade, tenha se apresentado durante muito tempo como um ramo do direito pouco positivado, com um regime mais apoiado em princípios e conceitos desenvolvidos doutrinariamente, em manifestações jurisdicionais e na própria prática administrativa do que em prescrições legais disciplinando cada processo ou instituto. Tal constatação, veremos mais adiante, se mostrou patente no âmbito do instituto da concessão, que, embora manejado desde os primórdios do direito administrativo, ensejou leis disciplinadoras muito tempo depois de sua reiterada utilização e da existência de um corpo doutrinário a configurar o estatuto. A tal ponto de existirem autores que sustentam que o conceito de concessão é “[...] pré-constitucional, exógeno, objeto de estudo de direito administrativo [...]” (FERREIRA, Luiz Tarciso Teixeira. *Parcerias público-privadas*, 2006, p. 169), o que seria suficiente para impedir até mesmo o legislador de dar ao instituto configurações que discrepassem da doutrina dominante.

12 Retomando o antes aludido, em um primeiro momento esse regime especial tinha por objeto caracterizar um conjunto de regras protetivas do cidadão, oferecendo certa contenção para o exercício do poder.<sup>1241</sup> Com o crescimento dos campos de atuação da administração, esse regime especial de direito administrativo assumiu a função de instrumentalizar, tornar possível e efetivar a atuação administrativa. O direito administrativo se deslocou, então, de um papel garantista das liberdades em face do poder para se tornar um direito de viabilização, de efetivação, do exercício do poder.

Esse movimento é bem narrado por Sabino Cassese, para quem "com o século XX se inicia uma nova fase: a Administração Pública aumenta de número e de importância e se estabelecem vínculos diretos com os privados. Esses privados são usuários de serviços públicos ou se valem de prestações sociais e sanitárias de Administração Pública. Mas têm um papel passivo e um estatuto inferior ao de cidadão, passando a ser designados por 'administrados'. Consequentemente, a Administração Pública passa a ser considerada como entidade superior, que pode agir como autoridade e, assim, com atos unilaterais ou imperativos em detrimento dos cidadãos. Essa posição de superioridade da administração é explicada pelo interesse coletivo que ela (administração) deve perseguir, que não pode ser deixado à mercê dos cidadãos individualmente. Desse modo vem explicada a presença, no direito administrativo, de regras derogatórias do direito comum".<sup>1242</sup> Viria daí, no entender de Cassese, o deslocamento da relação Estado-cidadão (portador de direitos em face do poder estatal) para a relação de *sudditanza* (sujeição) entre administração e administrado.

Vale notar que esse deslocamento não se deu em favor do soberano ou de uma retomada do absolutismo naquela perspectiva de *souvrano legibus solutus* a que aludia Aldo Sandulli.<sup>1243</sup> Desenvolveu-se, sim, em favor da consecução de fins de interesse geral, da consecução do bem comum ou, se quisermos, do interesse público remotamente consagrado na lei. Porém, como a lei que confere genericamente poderes de autoridade acaba por fixar apenas finalidades gerais a serem perseguidas, compete sempre àquele que recebe a parcela de poder extroverso (ou seja, a quem detém a competência) identificar em concreto o que vem a ser, onde reside aquele interesse público a ser consagrado pelo exercício da autoridade.

Com o crescimento do rol de atribuições da administração e com o aumento de complexidade das funções administrativas, cada vez mais o comando legal se tornou aberto, franqueador de largas margens de liberdade para a administração agir, elegendo

<sup>1241</sup> Com perfeição assevera Pedro Gonçalves: "O direito administrativo nasceu com uma área de intervenção bem demarcada e com objetivos muito claros: a área de intervenção era a Administração Pública liberal, com atribuições meramente ordenadoras e policiais, num contexto de poder e de autoridade; o objetivo que o direito administrativo perseguia era o de condicionar o desempenho daquelas atribuições e, desse modo, sujeitar o exercício do poder público a regras jurídicas". *Entidades privadas com poderes públicos*, 2005, p. 270. No mesmo sentido, ver OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, 2003, p. 275.

<sup>1242</sup> CASSESE, Sabino. *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, 1998, p. 1018, tradução livre. No original: "3. Com il XX secolo inizia una fase nuova: le amministrazioni pubbliche aumentano di numero e d'importanza e si stabiliscono rapporti diretti con i privati. Questi sono utenti di servizi pubblici o si valgono di prestazioni sociali e sanitarie di amministrazioni pubbliche. Ma hanno un ruolo passivo e uno statuto inferiore a quello di cittadino, individuato dal termine 'amministrato'. Corrispettivamente, le amministrazioni pubbliche vengono considerate come entità superiori, che possono agire come autorità e, quindi, con atti unilaterali e imperativi a danno dei cittadini. Questa posizione di superiorità delle amministrazioni è spiegata con l'interesse collettivo che esse devono perseguire, che non può essere lasciato alla mercé di singoli cittadini. In questo modo viene spiegata la presenza, nel diritto amministrativo, di regole derogatorie al diritto comune".

<sup>1243</sup> SANDULLI, Aldo. *Manuale di diritto amministrativo*, 1969, p. 19.

de forma unilateral o que seja o interesse público em concreto. Sem uma adstrição maior ao comando legal (crescentemente aberto e dúctil) e com crescentes atribuições de poderes, a administração se tornou apta a manejar a autoridade de maneira quase totalmente livre. Em nome do interesse público, os direitos dos privados cederam. E esse interesse público, diante de múltiplas e conflitivas situações e em face da crescente indeterminação da lei, acabou por ser aquele selecionado pelo agente competente. A trajetória do direito administrativo, nesse contexto, fortaleceu a estrutura (polo da autoridade), enfraquecendo o caráter de garantia em favor da efetividade da autoridade.<sup>1244</sup>

13 Nesse processo, o direito administrativo se tornou um ramo jurídico autorreferenciado no Estado-administração. Se, inicialmente, fora concebido como disciplina jurídica apta a conter a atuação estatal e proteger a esfera de direitos dos indivíduos da intrusão arbitrária ou exagerada do poder político (aquele direito defensivo do cidadão de que nos fala Celso Antônio Bandeira de Mello),<sup>1245</sup> com o tempo o direito administrativo passou a ser o ramo jurídico voltado para disciplinar ou a estrutura da administração, ou a sua função como promotora do bem comum, do interesse público. Se inicialmente se tratava de disciplinar a ação estatal para proteger os indivíduos, com o tempo o direito administrativo se tornou o direito de efetivação dos poderes da administração.

Houve então migração de eixo de uma vertente protetiva *ex pars populi* (polo da liberdade) para uma vertente efetivadora *ex pars principe* (polo da autoridade).<sup>1246</sup> Deixou-se em um segundo plano sua função de assegurar a liberdade e passou-se a privilegiar sua função de instrumento para viabilizar o exercício da autoridade.<sup>1247</sup> Paralelamente – e no Estado napoleônico que sucede a Revolução Francesa isso é muito claro –, passou-se a construir uma estrutura burocrática para suportar a atuação desse Estado e, por conseguinte, para ensejar o exercício desse poder. Essa crescentemente complexa configuração de competências, órgãos, entes e agentes demandava um corpo de princípios e regras que disciplinasse (i) sua organização; (ii) seu funcionamento; e (iii) os limites de sua atuação. Esse corpo constitui o que chamamos de “direito

<sup>1244</sup> Tal constatação foi bem captada pelo Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros, que, em um precioso acórdão, versando sobre uma questão de asseguramento da posse de vencedor de candidato aprovado em concurso público, resumiu com grande felicidade esse processo: “O princípio da legalidade gerou um outro: o do primado dos interesses públicos sobre os particulares. Este princípio erigido em preceito maior do Direito Administrativo foi, desgraçadamente, levado a exageros e deformações. Assim os ‘superiores interesses da Administração’ foram constantemente confundidos com os subalternos interesses do príncipe. O sagrado postulado, vítima de solertes fraudes, transformou-se em caldo de cultura onde proliferaram e se desenvolveram o Fascismo e tantas outras espécies de tiranias” (REsp nº 6.518-RJ, STJ, julgado em 1991).

<sup>1245</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 2013, p. 47.

<sup>1246</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, 1970, p. 35, e *Corso di diritto amministrativo*, 1965, p. 38-39.

<sup>1247</sup> Note-se que não se está aqui a dizer que a vertente prestacional, utilitária, alinhada com a Escola do Serviço Público perde força para uma vertente institucional, construída em torno da noção de soberania, de poder extroverso. Tanto uma como outra, distintas pelo critério de delimitação das fronteiras do direito administrativo, podem se referenciar na liberdade ou na autoridade. De uma vertente de Escola Institucional, podemos conceber o direito administrativo tanto como o ramo voltado a tornar efetivos os poderes do Estado como, de outro lado, sendo o ramo voltado a conter, limitar e condicionar o manejo desses poderes em detrimento dos indivíduos. Da mesma forma se pode ter com a vertente da Escola do Serviço Público. O direito administrativo tanto pode ser visto como o ramo que trata da obrigação estatal de oferecer aos cidadãos utilidades prestacionais quanto pode ser concebido tal qual o direito voltado a lidar com os privilégios estatais em face da prestação desses serviços.

administrativo". É certo que seu conteúdo foi alterado e ampliado conforme foram sendo alargadas as áreas de atuação e as finalidades atendidas. Mas o núcleo constitutivo de sua identidade foi construído com base na ideia de exceção ao direito comum e na exorbitância das prerrogativas asseguradas à administração em relação aos particulares.

14 Variam, como visto, os fundamentos dessa exorbitância. Poderá ser adotada a soberania na explicação da Escola de Toulouse, com Maurice Hauriou<sup>1248</sup> à frente; poderá se apoiar na ideia de oferta de utilidades fruíveis, na acepção da Escola do Serviço Público de Bordeaux;<sup>1249</sup> ou, ainda, poderá se amparar na ideia de interesse público rejeitada pelos autores franceses<sup>1250</sup> mas presente nos autores italianos<sup>1251</sup> e forte na doutrina brasileira do século passado e ainda hoje.<sup>1252</sup>

Qualquer que seja a explicação que se adote, todas têm em comum a caracterização do direito administrativo como um direito da exorbitância. Dupla exorbitância: das regras especiais derogatórias das de direito privado, a reger a relação jurídica de que a administração participe, e exorbitância no sentido de que essas regras especiais conferem prerrogativas, privilégios, predominância do Poder Público sobre os direitos

<sup>1248</sup> A Escola Institucional parte de uma análise do Estado – para depreender que ao direito administrativo se prende à legitimidade do uso da força, sem a qual seria impossível a satisfação das finalidades públicas. Essa força seria a *puissance publique*, elemento caracterizador e sistematizador do direito administrativo. Segundo Maurice Hauriou, seu principal expoente, a *puissance publique* seria o “[...] poder administrativo encarregado de assegurar a manutenção da ordem pública e a gestão dos serviços públicos dentro da medida das relações de direito público”. *Précis de droit administratif et de droit public*, 1938, p. 8-9. No âmbito dessa escola (também denominada Escola do Poder Público), foram elaboradas a teoria da instituição e a noção de regime administrativo (Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 2003, p. 37). Não se deve perder de vista que a Escola Institucional tem um vínculo de ordem pragmática com a ordenação social. E, sendo assim, a *puissance publique* (cuja tradução mais aproximada corresponde ao poder de império) seria o mecanismo adequado para que o Estado cumprisse com os deveres os quais lhe foram cometidos. Ainda hoje a *puissance publique* é tida como meio de ação administrativa, ação essa marcadamente unilateral, vertical e exorbitante (Cf. RIVERO, Jean, WALINE, Jean. *Droit administratif*, 2000, p. 11, e, entre nós, DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual*, 2010, p. 35-36). Inegável, porém, que a construção da Escola Institucional, ao associar administração e poder de império, busca em grande medida limitar sua expansão. É, portanto, uma vertente com grande preocupação com a contenção e a limitação desse poder. Sobre essa visão protetiva do indivíduo, ver WALINE, Marcel. *L’individualisme et le droit*, 1949, p. 46 et seq.

<sup>1249</sup> A Escola do Serviço Público, ou Escola de Bordeaux, surgiu na França no final do século XIX, capitaneada por Léon Duguit. Contrapõe-se à Escola Institucional de Maurice Hauriou. Trata-se de um modo de compreensão da teoria do direito administrativo que coloca como eixo estruturante a noção de *serviço público*, em substituição à *puissance publique*. Aqui o que justificaria a atuação do Estado seria sua função de prestar serviços públicos em benefício da sociedade, contando, para tanto, com ferramentas disciplinadas pelo direito administrativo. Uma das notas mais características da teoria de Léon Duguit corresponde à quebra da institucionalização do Poder Público, uma das notas marcantes da Escola Institucional: “Anche il diritto amministrativo si adegua: Maurice Hauriou scopre il ‘lavoro amministrativo’; più tardi, Léon Duguit teorizza lo ‘Stato collaborazione’ e dissolve il mistero della statualità in un concretissimo rapporto tra governanti e governati. Lo Stato perde i suoi arcaici tradizionali e si converte in un semplice ‘gruppo che lavora’”. MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*, 2004, p. 421. Ainda que tivessem um viés utilitário e funcionalista, não se pode negar que a construção da escola do serviço público propiciou uma expansão dos campos de atuação estatal, bastando, para isso, que se criassem serviços públicos, suprimindo segmentos da vida social ou econômica do domínio privado (e, portanto, do direito comum). Vertente que foi depois alargada e desenvolvida por Gaston Jèze (Cf. *Los principios generales del derecho administrativo*, 1949, especialmente p. 284 et seq.), para quem o núcleo do que devam ser os serviços públicos depende exclusivamente de uma decisão política e, por conseguinte, as fronteiras do Estado-administração não eram dadas externamente ao Estado, mas sim dependiam dos limites que este quisesse estabelecer para si.

<sup>1250</sup> Em sua obra seminal, Celso Antônio Bandeira de Mello traz alusão ao fato de que Waline teria pretendido substituir, como ideia-chave do direito administrativo, a noção de serviço público pela noção de interesse geral, pois, segundo o autor, “[...] se tratava de critério excessivamente lato e, por conseguinte, de utilidade e de aplicação pouco firmes”. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, 1968, p. 294.

<sup>1251</sup> ALESSI, Renato. *Principio di diritto amministrativo*, 1966, p. 199-209.

<sup>1252</sup> Ver, por todos, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.), *Supremacia do interesse público*, 2010c.

dos indivíduos.<sup>1253</sup> Esses direitos eram tratados como presumidamente menores, a ceder lugar às prerrogativas da administração sempre que com ela contrastassem, observados apenas os limites que a lei (em sentido amplo) impusesse ao exercício daqueles poderes.

Tem-se, então, a viagem redonda. Estruturado em torno daqueles dois polos (baseado numa concepção bipolar), o direito que haveria de ser o garante da liberdade e protetor dos indivíduos se tornou o direito da efetividade da autoridade, instrumento à mercê da estrutura da administração para se impor sobre os indivíduos. Em outras palavras: entre dois polos, o direito administrativo pendeu para a autoridade, foi por ela apropriado.

## V.2.2 A insuficiência da bipolaridade: os papéis do privado na consecução das finalidades públicas

15 É fato incontroverso que, no exercício de suas funções, a administração trava com os privados vários tipos diferentes de relações jurídicas. O Estado-administração cumpre suas finalidades firmando permanentemente relações jurídicas com os privados. Nessas relações, os particulares assumem diferentes papéis a depender da função administrativa exercida e das finalidades a ela atreladas.

16 Não é possível conceber a atividade da Administração Pública (e, por conseguinte, o direito administrativo) apartada dos privados e alheia a eles. Só faz sentido conceber o Estado-administração se considerarmos sua relação com os particulares, se reconhecermos que seus confins são ditados exatamente pela interface com direitos e interesses dos indivíduos. Daí se poder dizer que a sua atuação envolve uma necessária interface com os privados. Uma não, várias diferentes interfaces.<sup>1254</sup>

De fato. O Estado-administração somente pode exercer suas funções interagindo com os indivíduos. De um lado, servindo-se dos privados que atuam em seu nome, como pessoas físicas (agentes públicos, servidores), contratados (prestadores de serviços), delegatários (permisscionários, concessionários) ou, ainda, colaboradores (parceiros, entidades do terceiro setor, beneficiários de programas de fomento).

De outro lado, toda ação estatal, por mais que seja justificada em um interesse público genérico, dúctil e abstrato, atinge sempre uma parcela dos privados que dela se beneficiam, pois, ainda que se trate de uma ação potencialmente benéfica a todos, tais benefícios são sempre apropriados de forma desigual.

Por fim, a atuação do Poder Público implica, sempre, alguma interferência na esfera de interesses dos particulares, que pode se traduzir em um condicionamento, uma limitação ou mesmo um sacrifício de direitos deles.

Esse caráter necessariamente interferente é mais nítido na função de polícia ou na atividade regulatória. Mas também no âmbito dos serviços públicos, isso está presente na restrição à liberdade de iniciativa (naqueles serviços sujeitos ao regime de exclusividade

<sup>1253</sup> Sobre o estudo das prerrogativas públicas e as correspondentes características da exorbitância e da instrumentalidade para satisfação de finalidades públicas, cf. DE PAI.MA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual*, 2010, p. 41-56.

<sup>1254</sup> Como expõe Leonel Ohlweiler, "O Estado, atualmente, funciona como uma 'caixa preta', uma gigantesca interface, sendo imprescindível que seja aumentada a visibilidade social, tornando o social mais visível para os cidadãos, dissipando a neblina que permeia a atuação da Administração Pública". *Administração pública e democracia*, 1999, p. 42.

de titularidade estatal), assim como naqueles serviços submetidos à atividade regulatória estatal em que os direitos dos agentes econômicos estão condicionados às determinações do Poder Público.

Quando o Estado-administração intervém diretamente na ordem econômica, temos também essa intrusão, pois naquele segmento objeto da atuação estatal há inegável constrição na liberdade econômica dos demais atores.<sup>1255</sup> E mesmo na atividade de fomento, em que o caráter restritivo a direitos é mais brando, isso pode ser percebido.<sup>1256</sup>

Ao eleger uma indústria, um setor ou atividade que será objeto de fomento, o Poder Público, para atingir os objetivos de uma política pública de indução ou incentivo, seleciona um ou mais beneficiários e, por conseguinte, afeta os potenciais interesses daqueles que rivalizam com os beneficiários em um dado segmento ou que se opõem aos objetivos da política fomentadora.<sup>1257</sup>

Temos, então, que a atividade administrativa nem é neutra em relação aos particulares, nem é deles independente. Embora possa ter objetivos distintos, coincide com os interesses de parcela dos particulares. Daí podermos dizer que em face de qualquer provimento estatal há antagonismos e convergências com interesses privados. *Antagonismo* em face dos direitos ou dos interesses dos particulares que sofram alguma interferência por parte da ação estatal. *Convergência* com aqueles que se beneficiam do provimento ou que sejam dele instrumento (como agentes, delegados ou colaboradores).

17 Quando, então, deslocamos o foco da atividade administrativa da sua estrutura para o exercício de suas funções, constatamos as diferentes relações jurídicas que o Estado-administração trava com os particulares.

Se presumirmos que a atividade administrativa não é autônoma em relação aos interesses dos particulares nem pode ser indiferente aos direitos destes, notamos que, no que diz respeito à administração, os particulares assumem diferentes relações e, assim, terminam por exercer distintos papéis.

A depender dessas relações, se estabelecem não dois polos claros e nitidamente separados, mas múltiplos polos de interesse, inter-relacionados e determinantes de equilíbrios vários e cambiantes. Essas variadas relações demonstram que no polo dos indivíduos há diversas clivagens e diferentes interesses em face dos quais o polo da autoridade arbitra e defere tratamentos legitimamente desuniformes.<sup>1258</sup> E, como vimos no Capítulo IV, isso fica bastante claro nas diversas manifestações do instituto da concessão. O pacto concessório, em última instância, arbitra, articula e equilibra interesses de distintos particulares, permitindo que a administração defira tratamentos desiguais e proteja cada núcleo de interesses de maneira proporcional às suas necessidades e às suas suficiências.

<sup>1255</sup> A esse respeito, ver meu *Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal*, 2003, p. 69-93.

<sup>1256</sup> Ver meu *O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica*, 2010e, p. 62.

<sup>1257</sup> *Vide*, por exemplo, a oposição entre os importadores de um dado produto ou insumo e os beneficiários de políticas industriais protecionistas. Ou o que ocorre em um setor em que se desenvolva a chamada guerra fiscal (fomento voltado ao desenvolvimento regional baseado em benefícios fiscais).

<sup>1258</sup> Com perfeição, Paulo Otero resume esse processo que está na base do paradigma multipolar: "As modernas sociedades assentam numa base estruturalmente conflitual, envolvendo o entrecruzar de interesses antagônicos, sabendo-se que a satisfação de alguns de tais interesses envolve a preterição de todos aqueles que são incompatíveis e gerando fenômenos de sucessivas *expirais reivindicativas de novas* satisfações, de *novos* interesses e outros tantos contra-interesses: a paz social *torna-se* hoje, cada *viz mais*, um mito inalcançável num mundo de interesses mesclados e conflituais". *Legislação e administração pública*, 2003, p. 440, grafia do original.

### V.2.3 Do paradigma bipolar ao paradigma multipolar

18 No texto que nos fornece uma das epígrafes deste capítulo, publicado há mais de dez anos, Sabino Cassese demonstra como o modelo (que ele chama de “paradigma”) bipolar cede espaço e deve ser superado por um novo paradigma, que denomina de “arena pública”.<sup>1259</sup> Reportando-se aos ensinamentos de Massimo Severo Giannini,<sup>1260</sup> Cassese demonstra que os pressupostos do modelo bipolar não mais se sustentam. Primeiramente porque o fundamento na legalidade como fonte e vínculo da ação administrativa e a unicidade do interesse público não são mais compatíveis com uma realidade em que “a lei assinala fins e interesses contraditórios entre si, reconhecendo à administração mesma o poder de ponderar tais interesses e fazer escolhas”.<sup>1261</sup> Com base nessa constatação, afirma que a atividade administrativa não é determinada por uma planificação, *ex vie legge*, e sim produto de um conflito de interesses públicos que não possuem uma ordem de prevalência ou prioridade. Por conseguinte, a decisão administrativa, diz Cassese, passa a comportar ponderação e composição de interesses.<sup>1262</sup>

Vem daí, para Cassese, que a atividade administrativa passou a não ter caráter meramente comutativo (atribuindo direitos pela aplicação direta da lei), mas sim características distributivas, no sentido de que sempre colhe desigualmente os indivíduos. Portanto, devemos reconhecer que o modelo bipolar cedeu lugar a um modelo multipolar, em que existem pelo menos três partes na relação administrativa: dois ou mais interesses (públicos) conflitantes em torno da ação administrativa, titularizados por distintos privados, e a administração, portadora de seus próprios interesses e com atribuição de mediar, compor ou arbitrar esses conflitos. E essas relações multipolares, diz Cassese, não seriam exceção, mas regra.<sup>1263</sup>

Nesse novo modelo, de superação da bipolaridade, assumem importância central os instrumentos consensuais e são cada vez mais presentes “contratos complexos, nos quais em um só negócio formal se acumulam uma pluralidade de objetivos negociais provenientes de mais que duas partes contratantes”.<sup>1264</sup> O cidadão deixa de cumprir um papel passivo em face do Estado-administração (como “administrado”, “beneficiário” ou “súdito”) e passa a ser agente ativo da postulação dos seus direitos subjetivos públicos e participe da atuação administrativa.<sup>1265</sup>

<sup>1259</sup> Na mesma linha vai Pedro Gonçalves quando afirma que “O paradigma clássico da distinção taxativa e terminante entre direito público administrativo e direito privado - como dois mundos separados, segundo uma lógica de oposição - encontra-se, há muito tempo, claramente ultrapassado”. *Entidades privadas com poderes públicos*, 2005, p. 271.

<sup>1260</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, *passim*.

<sup>1261</sup> CASSESE, Sabino. *L'arena pubblica*, 2001, p. 604, tradução livre. No original: “[...] la legge assegna fini ed interessi tra loro in contraddizione, riconoscendo all'amministrazione stessa il potere di ponderare tali interessi e fare le scelte”.

<sup>1262</sup> CASSESE, Sabino. *L'arena pubblica*, 2001, p. 605.

<sup>1263</sup> CASSESE, Sabino. *L'arena pubblica*, 2001, p. 605.

<sup>1264</sup> CASSESE, Sabino. *L'arena pubblica*, 2001, p. 606, tradução livre. No original: “[...] sono presenti contratti complessi, ove in un solo negozio formale si cumula una pluralità di intenti negoziali provenienti da più di due parti contraenti”.

<sup>1265</sup> É o ensino preciso de Jessé Torres Pereira Júnior: “[...] quanto ao exercício dos poderes e prerrogativas da Administração Pública, a legalidade estrita, que o presidia, cede terreno ao princípio da motivação necessária, antídoto contra arbitrariedades de toda a sorte, o que faz a teleologia suceder à exegese como escola de hermenêutica, tanto que a Constituição (art. 93, IX) e a lei federal de processo administrativo assim o exigem expressamente (nº 9.748/99, art. 2º, *caput* e inciso VII) [...] quanto à relação com a cidadania, estimula-

ulatória  
inações

ômica,  
negável  
lade de  
ido.<sup>1256</sup>  
ento, o  
entivo,  
eresses  
opõem

os par-  
ncide  
face de  
ivados.  
alguma  
iam do  
dores).  
rutura  
que o

ão aos  
s que,  
ões e,

mente  
tes de  
o polo  
uais o  
,<sup>1258</sup> E,  
res do  
cula e  
defira  
nal às

rios de  
guerra

dernas  
ntagô-  
que são  
s inte-  
el num  
iginal.

Esse outro paradigma possui algumas características, segundo Cassese. Duas delas merecem destaque. Primeiro, a perda da centralidade e da unicidade da norma e da administração, o que o leva a afirmar que “o ordenamento jurídico que era um dado se torna uma escolha”.<sup>1266</sup> Segundo, o deslocamento do ato de autoridade para a negociação, pelo que, em suas palavras, não seria mais o procedimento a balizar a negociação: a negociação passaria a plasmar o procedimento. Procedimento que se convola em processo administrativo, com a participação potencialmente aberta de todos os interesses enredados na atividade administrativa.<sup>1267</sup>

Nesse paradigma apontado por Cassese se estabelece uma nova relação entre o público e o privado. De tal sorte que “Em conclusão, Estado e mercado, público e privado, antes considerados mundos separados e em oposição, se apresentam como entidades interpenetradas”.<sup>1268</sup>

Estou convicto de que esse desenho do tal paradigma da arena pública corresponde, em grande medida, àquilo que se vem assistindo nas transformações das relações administrativas e que coincide com o que aqui estou a designar de paradigma multipolar.

Nesse contexto, o instituto da concessão, seja pela sua trajetória histórica, seja pela configuração que ora lhe é demandada, constitui um rematado exemplo de manifestação desse novo paradigma por duas razões: primeiro porque a concessão se presta a engajar particulares na consecução de finalidades atribuídas ao Estado, desafiando um pouco a noção de que o Estado-administração é o *locus* exclusivo da consecução do interesse público. Segundo porque a própria concessão é um espaço de composição de interesses e um vínculo procedimental e relacional que bem representa o que estou a designar como paradigma multipolar, mais consentâneo com o direito administrativo contemporâneo.

19 De fato. Como já pude registrar anteriormente, (i) todo interesse público acaba por se confundir com o interesse privado de parcela dos indivíduos<sup>1269</sup> e (ii) não existe

se a passagem da postura passiva do ‘administrado’ e ‘governado’ à pró-atividade do contribuinte, eleitor, usuário, ao qual se reconhecem direitos não apenas de receber serviços, mas, também, de participar da definição de prioridades e da gestão paritária das políticas e da gestão públicas, de que são exemplos as audiências públicas postas como validade de determinados atos jurídicos da Administração”. *Controle judicial da administração pública*, 2006, p. 91.

<sup>1266</sup> CASSESE, Sabino. *L'arena pubblica*, 2001, p. 644, tradução livre. No original: “L'ordenamento giuridico era un dato, diviene una scelta”. Em outro texto, também bastante agudo, Sabino Cassese afirma que vivemos uma transformação “Dalle regole del gioco al gioco con le regole”. *Lo spazio giuridico globale*, 2006b, p. 124 et seq.

<sup>1267</sup> “A evolução que se verifica na capacidade do procedimento administrativo em enquadrar relações jurídicas de múltiplos interessados e em servir de estrutura de acção para decisões com uma projecção social abrangente indica que a categoria jurídica procedimento administrativo engloba hoje uma variedade de situações materiais profundamente diferenciadas entre si. Ao lado dos reduzidos procedimentos bilaterais e triangulares, qualificáveis como tradicionais, o procedimento administrativo de massas, como centro de convergência de múltiplos interesses, serve de exemplo demonstrativo do leque diferenciado da complexidade quantitativa das relações jurídico-administrativas que se podem estabelecer dentro do procedimento administrativo”. DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*, 1996, p. 98, grafia do original.

<sup>1268</sup> CASSESE, Sabino. *L'arena pubblica*, 2001, p. 649, tradução livre. No original: “In conclusion, Stato e mercato, pubblico e private, là dove venivano considerati mondi separate, ed in opposizione, si presentano come entità interpenetrantesi”.

<sup>1269</sup> Como sustenta Vitor Rhein Schirato, “Destarte, podemos concluir que o modelo de Administração Pública originalmente constituído com base no conceito de Estado moldado pela doutrina iluminista, que parte do pressuposto de que a Administração Pública deve estar em posição de absoluta supremacia com relação aos particulares para melhor defesa do interesse público, não mais passa a ser integralmente aplicável, uma vez que esse interesse público que legitima a atuação administrativa não é, em determinados casos, claramente aferível. Não há como se prever in abstracto qual é o interesse público e qual a melhor forma de protegê-lo”. *As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado*, 2008, p. 497.

qualquer contradição em envolver os particulares na promoção de metas e objetivos de interesse público, mormente quando esses escopos correspondam à produção e à disponibilização de utilidades públicas para fruição da população.

Longe de ser uma *crença*<sup>1270</sup> ou uma impossibilidade *a priori*, não só é plenamente possível, como muita vez mais adequado o Estado cometer, sob certas regras e condições, aos agentes privados a consecução de tarefas de interesse público.

De um lado, pelo prisma subjetivo (quem se incumbe de uma atividade), vimos, é impossível a consecução de tarefas públicas pelo Estado sem o concurso dos indivíduos. O que varia é o tipo de vínculo jurídico (de servidor público, trabalhista, contratual comum, concessório) entre o privado e a pessoa jurídica, Estado. Nesse sentido, *crença* parece ser pensar que exista a possibilidade de uma ação estatal neutra em relação aos privados, pois mesmo a ação "*direta do Estado*" só é encetada com o concurso de agentes públicos, que não deixam de ser particulares atuando em nome da administração. E muita vez o fazem balizados primordialmente por seus interesses pessoais ou corporativos, demandando, portanto, também o controle pelo regime de direito público.

De outro lado, agora pelo prisma objetivo, são várias as atividades de interesse geral que são executadas pelos particulares, mesmo sem delegação do Poder Público. E essas atividades não perdem sua importância ou sua utilidade para toda a coletividade por serem desempenhadas pelos particulares. Os chamados "serviços sociais" (educação, saúde, assistência, previdência) são prestados não apenas como atribuição estatal, mas também como atividade privada (sem delegação), e a ninguém ocorreria dizer que tais atividades não têm relevância pública e que sua exploração não é prenhe de externalidades, positivas e negativas.

Nunca é demais lembrar que não apenas existem atividades, imprescindíveis à efetivação de direitos fundamentais, que não são exercidas somente pelo Estado, como também a prestação exclusiva pelo Estado implicaria redução ou supressão do direito fundamental. É o caso do direito à saúde, cuja assistência a Constituição, a par de reservar um papel para o Estado, assegura que deve se dar também complementar e suplementarmente pelos privados, sob pena de não haver garantia plena de efetivação desse direito.

Também disso são exemplo os direitos fundamentais à informação e à expressão, direitos esses dependentes do exercício de atividades de interesse geral (edição de livros, imprensa) e de serviços públicos (radiodifusão). Ora, a prestação estatal direta dessas atividades levaria ao monopólio estatal da informação, aniquilando aqueles direitos fundamentais. Daí por que a Constituição elege a concessão aos privados como instrumento imperativo para concreção desses direitos fundamentais enredados nos serviços de radiodifusão, como visto no Capítulo IV.

<sup>1270</sup> Dialogamos aqui diretamente com a tese exposta por Calixto Salomão Filho, para quem "[...] o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Sendo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas, ele passa a delegá-las aos particulares, acreditando que pode controlá-los através de um regime de direito público". *Regulação da atividade econômica*, 2001a, p. 20. A oposição a essa premissa (e, se quisermos, nossa "crença" no regime de direito público, com as condicionantes que aqui exporei), em grande medida motiva e embala as concepções expostas e defendidas neste trabalho.

Segue que a delegação de tarefas de interesse público (com todas as suas externalidades positivas e negativas) aos privados não é, por si, contraditória com a adequada tutela do interesse geral.<sup>1271</sup> E, caso a existência de externalidades em uma dada atividade bastasse para determinar que ela fosse prestada diretamente pelo Estado, então teríamos de acreditar que todas as atividades potencialmente danosas ao meio ambiente haveriam de ser imediatamente estatizadas – o que parece ser um despropósito econômico e jurídico.

No âmbito do paradigma multipolar temos, então, que a relação jurídica típica poder-sujeição, embora não desapareça, cede lugar para outras relações jurídicas, marcadas pelo consenso e pela delegação de funções públicas aos particulares, o que coloca o instituto da concessão em uma posição de relevância nesse paradigma.

20 Há quem diga, como faz Calixto Salomão Filho,<sup>1272</sup> que a inviabilidade do cometimento de tarefas públicas mediante o instrumento concessão decorre da impossibilidade de “previsão dos fins da atividade econômica estatal”. Isso ocorre, nessa linha de pensar, na medida em que ao Estado são atribuídas tarefas (atividades econômicas) que são geradoras de externalidades sociais por natureza. Uma vez que a atividade gera efeitos não mensuráveis, externos à relação econômica, não seria adequado que essa atividade fosse objeto de uma delegação a um particular, movido pela perseguição dos benefícios econômicos que essa atividade pode gerar.

A preocupação é interessante e necessária. Porém, parece-me perfeitamente possível demonstrar que essa inadequação não existe. Se uma atividade possui uma

<sup>1271</sup> Redigido no contexto da reforma do Estado brasileiro, momento em que houve grande discussão sobre a viabilidade jurídica do modelo de concessão, o artigo *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?*, de Almiro do Couto e Silva, debateu, dentre tantos outros aspectos, um dos mais sensíveis a essa configuração contratual pública: a possibilidade de interesses públicos serem tutelados por particulares no exercício de função pública delegada. A respeito do tema, o autor se posiciona favoravelmente: “[...] certas imposições, como a da obrigação de universalização de alguns serviços públicos, considerados absolutamente essenciais, revelam-se altamente democráticas, pelo fim que perseguem de estabelecer maior coesão social e territorial. Entretanto, a par destes serviços essenciais e sujeitos à obrigação de universalização, que formam o que poderia se chamar ‘o núcleo duro’ dos serviços públicos, são oferecidas outras modalidades, cujo leque cada dia se amplia pelo avanço tecnológico, sem aquelas obrigações, mas que atendem aos interesses e necessidades dos destinatários que, nestes casos, serão mais clientes do que usuários”. COUTO E SILVA, Almiro do. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares*, 2002, p. 77. A questão do exercício de funções públicas por particulares e da tutela dos valores públicos é, na verdade, uma pauta comum aos países que adotaram o programa de concessões, como indica Jean-Bernard Auby, para quem a principal pauta que deve hoje ser discutida corresponde a como determinar que o exercício do objeto contratual pelo concessionário respeite valores públicos, o que pode se encerrar em duas perspectivas de análise, segundo o autor. A primeira corresponde à questão da aplicabilidade, ou seja, da extensão do dever de tutela dos valores públicos aos parceiros privados, o que pode ser dar (i) pelo próprio contrato; (ii) pela legislação; (iii) pela atuação do Judiciário; ou (iv) pela regulação privada ou pela autorregulação, tema ao qual retornarei mais adiante. A segunda perspectiva de análise coloca em evidência o problema do procedimento para determinar quem pode reivindicar que parceiros privados tutelem por valores públicos e como se procede essa reivindicação, o que nos remete ao tema central da arbitragem de interesses e aos procedimentos de sua deresa no âmbito da concessão. Para Jean-Bernard Auby, são legitimados para reivindicar a observância pelos delegados de valores públicos autoridades públicas em geral (Parlamento e agências reguladoras, por exemplo); privados usuários da utilidade pública; e cidadãos cujos direitos fundamentais sejam afetados pela atuação do delegado, além do próprio poder delegante. Quanto ao procedimento de cominação para que o parceiro privado ajuste sua gestão negocial a valores públicos, o autor defende a possibilidade de a exigência vir do Poder Público pela fiscalização do contrato, pelo controle judicial, pelo controle parlamentar ou político, quando for o caso, bem como por meio de procedimentos internos na hipótese de a atividade ser autorregulada. *Contracting out and “public values”: a theoretical and comparative approach*, 2009, *passim*.

<sup>1272</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*, 2001a, p. 28.

ext  
qu  
po  
alg  
da  
ext  
dir

edu  
e d  
ber  
me  
estu  
con  
(for  
des  
ou  
exc  
(inc

ind  
Se c  
con  
é in  
Este  
da a  
(que  
de r

o Pc  
ader  
trad  
Con  
instu

cole  
fom  
part  
colet  
atua  
esfor  
indi

un “T  
tra  
Ra

externalidade social, positiva ou negativa, temos que isso predica uma atribuição (se quisermos, um poder-dever) ao Estado no sentido de agir da maneira mais eficiente possível para neutralizar essa externalidade, distribuindo o ônus dessa mitigação para alguns particulares (por exemplo, os que se favorecem dos benefícios internos à atividade) ou distribuindo por toda a sociedade. Contudo, isso não é suficiente para que tais externalidades ou efeitos incomensuráveis determinem que o Estado deva se incumbir diretamente daquele cometimento.

Vejamos o exemplo da educação. É fato que os benefícios de uma formação educacional plena e de boa qualidade transcendem o ganho individual da formação e da cultura acervados pelo estudante individualmente. Também verdade é que esses benefícios transcendentais ao indivíduo (externalidades) são de difícil ou impossível mensuração. Isso é suficiente para determinar que toda a sociedade, e não apenas o estudante ou sua família, arque com os custos de um sistema educacional efetivo, ou com parte deles. Mas não é suficiente para determinar que o provimento dessa utilidade (formação educacional) não possa ser cometido aos privados. Claro que o exercício dessa atividade em regime de absoluta liberdade, como predica as teorias liberais ou neoclássicas, não é viável nem desejável. Mas simplesmente cometer a educação, exclusiva e diretamente, ao Estado não assegurará sequer que os benefícios educacionais (individuais ou coletivos) serão alcançados.

Dizer que o regime de direito público é incapaz, sempre, de amestrar a mentalidade individualista norteadora das decisões econômicas nos levaria ao ceticismo e à aporia. Se a regulação pública é inepta para condicionar o interesse econômico, permitindo a convergência de múltiplos interesses para a consecução do bem comum, ela também é incapaz de adestrar a mentalidade individualista do agente público incumbido, pelo Estado, da execução direta. Isso levaria à apropriação da função pública pela estrutura da administração, ao sequestro do interesse geral pelo interesse das corporações públicas (que, legitimamente, não deixam de se guiar por interesses privados, por outra espécie de manifestação da mentalidade individualista).

Claro que não se está a dizer que a concessão é o único instrumento de que dispõe o Poder Público para a consecução das atividades a seu cargo. Nem que é sempre o mais adequado ou eficiente. O que aqui pretendo demonstrar é que a concessão não é contraditória com os interesses gerais e a mitigação de externalidades. Muito ao contrário. Como visto no Capítulo IV, em suas mais distintas modalidades, ela se mostra um instrumento adequado para articular esses interesses e neutralizar tais externalidades.

21 Temos, então, que o fato de um bem ou de uma atividade ser de interesse coletivo e demandar alguma forma de ação estatal (responsabilizando-se pela oferta, fomentando-a ou regulando-a) não deve servir de causa para excluir a atuação dos particulares (entendidos aqui como agentes econômicos). A presença de um interesse coletivo (ou, se quisermos, de um interesse público) deixou de ser fator de inibição da atuação privada para ser vetor de busca da forma ótima, mais eficiente, para conjugar esforços públicos e privados, com o fito de que aquela utilidade seja posta à fruição dos indivíduos pelo menor custo e com a melhor qualidade possível.<sup>1273</sup>

<sup>1273</sup> "The attempt here is to transcend artificial limits associated with the public/private distinction. The traditional dichotomy is regarded as no longer helpful in constructing the key tasks of administrative law. Rather, regulatory reforms that rely on the private sector and market incentives represent 'the beginnings of

É exatamente nesse ponto que o estudo do instituto da concessão se revela útil e precioso para a demonstração da necessária superação do paradigma bipolar. Por meio do recurso ao instituto da concessão, o Poder Público atribui a um ou mais privados o exercício de prerrogativa ou direito, a realização de uma função ou a execução de uma atividade que seja reconhecida pela ordem jurídica como parte do acervo de direitos e obrigações do Estado-administração. Como mecanismo, veremos, de atribuição de obrigações concernentes a implementar alguma finalidade que corresponda a uma função pública, a concessão é o veículo de conferência de direitos e obrigações especiais aos particulares. Direitos de exercitar, com exclusão dos demais particulares, prerrogativas, associadas a deveres de promover a efetivação de algum direito dos indivíduos.

Por conseguinte, ao atribuir a esses privados (concessionários) obrigações e prerrogativas de oferecer, explorar ou prover uma utilidade pública, a concessão reforça, *per se*, a multipolaridade. Afinal, e como vimos anteriormente, existem vários diferentes interesses privados em torno da utilidade concedida: de um lado, esses concessionários e, de outro, os indivíduos que assumem a condição de usuários ou beneficiários de tal utilidade,<sup>1274</sup> além de outros tantos interesses que já pude apontar no Capítulo IV para as distintas concessões (fornecedores, financiadores, competidores, segmentos econômicos a jusante e a montante). Note-se que a administração só possui prerrogativas e direitos na medida do necessário para dar cabo das funções que lhe são atribuídas. Uma vez que delega a um particular algumas dessas prerrogativas, trespassa conjuntamente o dever de implementar os objetivos, as finalidades públicas, subjacentes àquele direito (sobre uma atividade, um bem ou uma utilidade). Logo, o instituto da concessão envolve o comprometimento do particular recebedor da outorga em uma fração das prerrogativas e dos deveres do Estado-administração.

22 Isso faz com que a administração, no âmbito da concessão, tenha de superar a concepção bipolar,<sup>1275</sup> apartada. Para isso, deve, de um lado, ponderar e articular (em suma, equilibrar e compor) interesses contrapostos dos indivíduos beneficiários da prestação/utilidade concedida e do beneficiário da outorga (concessionário em sentido amplo) e, de outro, contrapor os interesses desse indivíduo (concessionário) aos de todos aqueles outros que venham a ter direito ou interesse tangido pelo exercício da prerrogativa objeto de delegação. Ou seja, na hodierna concessão, nesse contexto do paradigma multipolar, o direito administrativo se presta a equilibrar esses interesses, mantendo a atividade econômica ao mesmo tempo que mitiga as externalidades subjacentes àquela atividade. Isso reforça o necessário caráter relacional (no sentido visto no Capítulo III) e convergente do pacto concessório.

a new model of administrative law in which the line between the public and private is no longer distinct. The necessary co-existence of public and private elements in modern public service organization is reflected in notions of 'hybridity', 'mixed administration', and the sharing of regulatory roles among various actors in government and the non-state sectors." VINCENT-JONES, Peter. *The new public contracting*, 2006, p. 302.

<sup>1274</sup> CASSESE, Sabino. *L'arena pubblica*, 2001, p. 605.

<sup>1275</sup> Essa necessidade é bem percebida por Humberto Ávila, que, apoiado nos administrativistas alemães, consigna: "A análise do Direito Administrativo desenvolvida sob o influxo da contraposição entre o Estado e o cidadão e entre o interesse público e o privado deve ceder frente a uma descrição e explicação do Direito Administrativo que incorpore a multiplicidade das relações administrativas, também definidas como relações jurídicas multipolares (*multipolare Verwaltungsrechtsverhältnisse*)". *Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"*, 1998, p. 175.

De tal sorte que a concessão hodiernamente implica (i) a necessidade de assumir que a consagração do interesse público passa pela busca explícita de um equilíbrio adequado entre interesses privados e (ii) um deslocamento, na função administrativa, da relação vertical e linear de prevalência no sentido de uma relação mais horizontal, multipolar, na qual a autoridade remanesce como último recurso para dirimir conflitos entre privados, dentro de procedimentos relacionais previamente pactuados. Ou seja, exatamente ao encontro do paradigma multipolar.

Segue daí a convicção, justificadora deste trabalho, de que a concessão (como instituto genérico e em suas mais diversificadas aplicações práticas) ilustra o fato de que o direito administrativo, embora tenha se desenvolvido durante um longo período como um direito bipolar e de efetivação da autoridade, nunca perdeu sua característica de ser um direito instrumental para a equalização de interesses existentes na sociedade. Nessa linha, o direito administrativo não chega a ser um direito adjetivo do pacto político, como chegou a aludir Héctor Jorge Escola,<sup>1276</sup> mas é um direito instrumental voltado à consecução das finalidades do Estado-administração que demandam o concurso dos particulares e, por conseguinte, devendo sempre buscar a composição dos interesses destes, com o menor sacrifício de direitos possível.

Se isso é verdade, teremos de concluir que o direito administrativo hodierno não pode ser resumido a um direito para a concreção do interesse público situado num polo distinto e oposto ao dos interesses privados.<sup>1277</sup> Na verdade, apresenta-se como um ramo jurídico para a combinação entre as funções constritivas e promotoras de múltiplos e diversificados direitos dos particulares, ensejando a adequada ponderação e articulação dos diversos interesses privados em prol da satisfação coletiva.

Nesse contexto, o instituto da concessão, embora não seja, repita-se, o único nem talvez o principal instrumento para a administração atingir esse mister, certamente é o instituto que permite vislumbrar mais claramente o modo como o direito administrativo funciona. A concessão contemporânea, posso asseverar, se afirma como instrumento de cometimento de direitos desuniformes e de arbitragem de direitos conflitantes. Ou seja, apresenta-se como um vetor ilustrativo do esgotamento do paradigma bipolar.

E, nesse contexto, o instituto da concessão, como outras tantas vezes ao longo do itinerário histórico (como espero ter demonstrado no Capítulo II), se reconfigura e se modifica, assumindo características próprias à nova realidade do direito administrativo.

<sup>1276</sup> O que ensejou a construção de que o direito administrativo corresponderia ao direito processual do direito constitucional. É o que se depreende, por exemplo, da seguinte passagem de Héctor Jorge Escola sobre a relação do direito administrativo com o direito constitucional: "También se ha sostenido, por este mismo, que el derecho administrativo es el derecho procesal del derecho constitucional, con lo que se quiere expresar que si a la Constitución corresponde lo atinente a la estructura sustantiva del Estado, la administración supone, en cambio, una actividad que aparece como adjetiva respecto aquélla, una actividad o acción teleológica". *Compendio de derecho administrativo*, 1990, p. 95.

<sup>1277</sup> Como brilhantemente resume José Eduardo Faria, essa identificação da administração como mera implementadora do interesse público é hoje, diante da complexidade social, inviável. Ensina: "Do século XVIII aos dias de hoje o que se tem visto é que, quanto mais as sociedades se tornaram complexas e heterogêneas, mais sua progressiva diferenciação funcional passou a encerrar divisões incansáveis e conflitos insolúveis [...]. Mas como definir esses valores a não ser mediante graus crescentes de abstração - o que termina convertendo o interesse público num conceito excessivamente genérico e vago? Um conceito quase 'mítico' cujo valor se assenta justamente na indefinição de seu sentido e que, por ser facilmente manipulável por demagogos, populistas e tiranos na vida política, acaba sendo analiticamente pobre?". FÁRIA, José Eduardo. *Direito e economia na globalização brasileira*, 1993, p. 73.

### V.3 A tripla função do direito administrativo hoje

23 Vistos a insuficiência do paradigma bipolar e os contornos do que chamei de “paradigma multipolar”, cabe, então, enfrentar a função que cumpre o direito administrativo hodierno pela ótica desse novo paradigma. Nele, mais do que oscilar entre a perspectiva da garantia de direitos (polo da liberdade) e a efetivação da autoridade, o direito administrativo assume um papel de orientar e controlar a ponderação e a articulação de interesses no âmbito do que Sabino Cassese denomina “arena pública”.

Qualquer que seja o papel reservado aos indivíduos no âmbito de uma função pública (instrumentos para sua efetivação, destinatários ou beneficiários ou mesmo portadores de direitos por ela restringidos), sua relação com o Poder Público é disciplinada por normas<sup>1278</sup> que compõem o direito administrativo. Não se trata, a meu ver, meramente de dizer que essas normas são aquelas voltadas a efetivar o interesse público supremo e indisponível. Afinal, elas se voltam ora a limitar a autoridade, ora a restringir a liberdade. Normas que, ao mesmo tempo que delimitam direitos subjetivos dos particulares, servem para consagrar outros tantos direitos subjetivos públicos ou, se quisermos, são aptas à satisfação de direitos fundamentais.<sup>1279</sup> Cumpre ao direito administrativo compor os antagonismos e aproveitar as convergências entre direitos e interesses dos particulares em face do exercício de suas funções, disciplinando os limites e as consequências dos condicionantes e dos sacrifícios, bem como regrado os meios, os procedimentos e os contornos dessas convergências. Nesse sentido é que se pode dizer que o direito administrativo é o ramo do direito voltado a disciplinar as relações entre o Poder Público e os particulares em seus diferentes papéis, dispondo sobre a atividade do Estado-administração de arbitrar os distintos interesses e direitos privados enredados no exercício das funções administrativas.

Note-se que nessa concepção não se está identificando o direito administrativo apenas com as normas derogatórias do direito comum ou que importem restrição às liberdades dos privados. O direito administrativo compreende todos os preceitos jurídicos que devem balizar a relação entre o Estado-administração e os particulares com o fito de constrição, promoção ou composição entre direitos e interesses dos administrados.

Sendo assim, o direito administrativo, pensado de maneira ampla e fora dos estritos lindes do paradigma bipolar, pode assumir três funções: instrumento de restrição de direitos, vetor de promoção de direitos e, por fim, mecanismo para arbitragem dos diversos interesses envolvidos no exercício das funções administrativas.

#### V.3.1 Como instrumento de restrição de direitos

24 O direito administrativo atua como instrumento para a limitação, o condicionamento ou o sacrifício de direitos. Trata-se da atuação ablatória<sup>1280</sup> da administração,

<sup>1278</sup> Note-se que não estou aqui a me referir a normas legais, mas ao conjunto normativo voltado a disciplinar a relação entre Poder Público e indivíduo. Sobre isso, ver OTERO, PAULO. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2007, em especial, p. 733 et seq.; CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 2003, em especial p. 33 et seq.

<sup>1279</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2013, p. 92-93.

<sup>1280</sup> Os atos ablatórios, comuns no direito italiano, compreendem as prerrogativas do Poder Público consistentes na constrição de direitos (algo que compreende, entre nós, poder de polícia, poder de expropriação, intervenção

que se verifica quando, no exercício de suas funções, se mostra necessário que ela se contraponha a direitos subjetivos dos administrados. Assim é com o instituto da desapropriação, da intervenção na propriedade em geral, e com toda a gama de matérias submetidas à polícia administrativa no âmbito da atividade conformadora<sup>1281</sup> ou ordenadora.<sup>1282</sup>

Certo deve estar que, como contraparte dessa atividade restritiva, há direitos subjetivos públicos pertencentes aos administrados e consistentes no direito à proteção de interesses que demandam a ablação de outros direitos subjetivos, individuais ou coletivos. Mas, para o que importa aqui, nessa manifestação específica o direito administrativo se apresenta como um instrumento para conformar e limitar direitos, impondo aos indivíduos, com respaldo na lei (ainda que não diretamente por ela<sup>1283</sup>), comportamentos omissivos ou comissivos ou, ainda, restringindo o exercício de direitos como o de propriedade,<sup>1284</sup> de exercício de profissão e de locomoção.

Essas prerrogativas da administração são, como visto, instrumentais. Justificam-se na medida do necessário e do suficiente para fazer observar outros direitos e proteger outros tantos interesses. E ela se exerce não apenas tendo o particular no papel de sujeito à autoridade, mas, em certas oportunidades, na condição de beneficiário, cliente ou mesmo parceiro.

Estando na condição de beneficiário, o direito administrativo pode atuar como instrumento restritivo de direitos do particular, como ocorre na disciplina da fruição de bens públicos de uso comum ou especial, quando o direito público subjetivo à utilização de um bem consagrado ao uso de todos é limitado por regras, horários, proibições.

Mediante aplicação das regras disciplinadoras do uso da utilidade objeto de uma relação de consumo, o direito administrativo pode interferir de maneira limitadora na relação em que o administrado atua como cliente. É o caso, por exemplo, das normas que permitem a lacração de medidores que apresentem indícios de fraude ou daquelas que obrigam os usuários, em área urbana, dos serviços de esgotamento sanitário a se conectar às redes existentes e, eventualmente, implantar hidrômetros em suas fontes de captação própria de água para fins de tarifação do serviço.<sup>1285</sup>

na propriedade). Segundo Sabino Cassese, "I provvedimenti ablatori sono quelli con i quali l'amministrazione sacrifica l'interesse di un privato, imponendo gli un obbligo di fare (come negli ordini), di non fare (come nei divieti) o di dare (come negli atti di imposizione tributaria) o privandolo di un bene (come nell'espropriazione, nella requisizione, nel sequestro amministrativo e nell'imposizione di servitù pubbliche)". *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2009, p. 342. O administrativista esclarece, em oportuna colocação, que os atos ablatórios não assumem caráter punitivo e nem mesmo podem ser valorados de modo negativo. Pelo contrário, trata-se de manifestação normativa, razão pela qual a atribuição de poder ablatório à Administração Pública torna imprescindível a definição do interesse público na norma que fundamenta o sacrifício do interesse privado. CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2009, p. 342. Ver também CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*, 1994, p. 301, e SANDULLI, Aldo. *Il procedimento*, 2003, p. 1195.

<sup>1281</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2013, p. 126.

<sup>1282</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, 1993a.

<sup>1283</sup> Sim, pois o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inc. II) assegura que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei, e não que a imposição, pelo Poder Público, de comportamentos comissivos ou omissivos ao cidadão deve estar sempre prescrita expressamente em lei formal. Daí que o exercício da função ablatória estatal é legítimo quando efetivado por norma infralegal ou ato administrativo concreto, desde que delimitado em lei.

<sup>1284</sup> Sacrificando-a, como ocorre na desapropriação; condicionando-a, como ocorre, em regra, no tombamento; ou limitando-a, como no caso da servidão administrativa.

<sup>1285</sup> Cf. art. 45 da Lei nº 11.445/2007.

Por fim, encontramos normas restritivas de direitos também quando o particular trava relações de parceria ou colaboração com o Estado-administração. É o que ocorre quando estamos diante da delegação de prestação de um serviço público em regime de exclusividade ou privilégio em que a parceria se estabelece em detrimento do direito de outros privados atuarem no mesmo segmento.

### V.3.2 Como instrumento de efetivação de direitos

25 O direito administrativo é também importante instrumento para a efetivação de direitos. Não apenas no sentido de proteção, aludido anteriormente, mas como meio de contenção e de defesa aos direitos de alguns administrados afetados por medidas administrativas voltadas à tutela de direitos de outros. É especialmente um instrumento de efetivação de direitos no que toca a prover bens e serviços de interesse coletivo, proteger hipossuficientes, assegurar direitos fundamentais, efetivar políticas públicas.

Em grande medida, as normas administrativas têm por finalidade a satisfação de necessidades protegidas pela ordem jurídica, ou seja, direitos subjetivos públicos. Ao mesmo tempo que o direito administrativo sacrifica, limita e condiciona alguns direitos, é também instrumento para a consecução de outros. E, por mais que os titulares dos direitos efetivados pela atuação jurídica da Administração Pública sejam dispersos e indefinidos, certo é que tal atuação, para ser lícita e legítima, deve ter em mira a satisfação deles.

Essa função instrumental do direito administrativo como vetor de efetivação de direitos nos coloca, novamente, diante da necessidade de dar adequada compreensão do princípio da legalidade aplicada à Administração Pública. No âmbito do paradigma bipolar,<sup>1286</sup> tornou-se quase um mantra dizer que, enquanto para os particulares é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, para a administração só é facultado fazer aquilo que a lei expressamente autoriza.<sup>1287</sup> Trata-se da fórmula tradicional da chamada "legalidade estrita".<sup>1288</sup> Embora tal formulação tenha lá sua razão de ser, ela contém um aspecto relativo. Se, como dito, toda atuação do Estado-administração implica alguma constrição

<sup>1286</sup> Como demonstra Sabino Cassese, "Secondo il modello tradizionale, i due poli, quello pubblico e quello privato, non solo sono irriducibili perché in conflitto, bensì anche perché retti da regole diverse [...] Al primo, tutto è vietato, salvo ciò che è espressamente consentito; al secondo, tutto è consentito, salvo ciò che è espressamente vietato". *L'arena pubblica*, 2001, p. 603.

<sup>1287</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 2010, p. 73.

<sup>1288</sup> A noção de legalidade estrita parte do pressuposto de que a Administração Pública atua como mero braço mecânico do Legislativo. Pela legalidade estrita, haveria absoluta vinculação da Administração Pública à lei, assumindo o princípio da legalidade uma única acepção: vinculação positiva e absoluta à lei formal. Inobstante haver conferido os contornos da legalidade no processo de construção teórica do direito administrativo brasileiro, ao menos no plano teórico, hoje a legalidade estrita é objeto de intensas críticas. Carlos Ari Sundfeld, por exemplo, afirma: "[a] orientação dos juristas que reserva toda deliberação pública relevante para o Legislativo supõe ser viável retirar a Política da administração, reduzir a mera técnica o papel dos dirigentes e funcionários públicos. Mas essa orientação despreza a experiência histórica e não faz sentido no mundo contemporâneo, em que o largo espectro de funções assumidas pelo Estado exige uma Administração Pública também de largo espectro. É uma orientação preconceituosa, que usa o dogma de que só nos Parlamentos pode haver deliberação democrática e, por isso, estigmatiza a Administração Pública como não democrática. É uma orientação que se recusa a ver a realidade política atual, em que a Administração está impactada por vários mecanismos democráticos. É também uma orientação elitista, que faz o elogio retórico do papel dos Parlamentos como pretexto para, ao fim e ao cabo, valorizar – isto, sim – o papel da elite de profissionais do Direito, inflando seu poder de veto e influência sobre a Administração". *Direito administrativo para céticos*, 2012, p. 141.

a direito dos administrados, é correto dizer que, no quanto essa ação importar em imposição, ao privado, de obrigação de fazer ou de se omitir de fazer, ela só pode se dar em face da legalidade (em virtude de lei). Porém, não me parece admissível a administração invocar a legalidade estrita como razão para deixar de efetivar direitos.<sup>1289</sup>

A partir do momento em que a ordem jurídica (a Constituição ou as normas legais) consagra um direito a todos os cidadãos, também imputa à administração o poder-dever de efetivá-lo. Sua atuação, delimitada pelos demais direitos fundamentais confrontantes, tem já presente na ordem jurídica a autorização para agir, manejando com moderação os poderes a ela inerentes e os recursos disponíveis para satisfazer aquele rol de direitos. Daí meu entendimento de que não cabe invocar a legalidade estrita como excusa para que o Estado-administração se desonere de suas obrigações de efetivar, em favor dos particulares, direitos reconhecidos pela ordem jurídica.

Além dos direitos de proteção subjacentes ao exercício da atividade ordenadora da administração, há manifestação do direito administrativo na consecução de direitos tanto no provimento de utilidades públicas (como no caso da oferta de serviços públicos) como na intervenção estatal na economia (efetivada para alcançar os objetivos constitucionais de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional) e, ainda, na atividade de fomento, na medida em que nela também busca a administração efetivar direitos mediante o incentivo ou a indução dos privados para atuar tendo em vista a consecução de uma finalidade de interesse coletivo.

### V.3.3 Como instrumento de composição de interesses

26 Por fim, a função que mais se destaca quando olhamos o direito administrativo pelo prisma do paradigma multipolar é a sua utilidade como instrumento de composição de interesses. É fato que o direito administrativo se presta também a proceder à composição entre distintos interesses dos administrados.<sup>1290</sup> Como sempre o agir administrativo envolve uma contraposição de direitos ou de interesses titularizados, cada qual por parcela da sociedade, por distintos privados, cabe ao direito mediar, sopesar e compor esses antagonismos, perseguindo soluções equilibradas. Trata-se, por certo, não da função de julgar ou de dirimir conflitos decidindo a quem corresponde o direito, atividade própria da jurisdição. Na verdade, na seara administrativa há permanentemente uma composição entre diferentes interesses dotados de relevância coletiva.

A função instrumental se apresenta marcadamente no âmbito da atividade administrativa processual, na qual em torno da decisão administrativa podem se

<sup>1289</sup> Sobre os riscos de resumir a relação de legalidade administrativa à vinculação positiva tão somente (*positive binding*), ver ENTERRIA, Eduardo García de. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2006, p. 297-300.

<sup>1290</sup> Diz Eberhard Schmidt-Assman que o direito administrativo, hoje em dia, não se atém meramente a restringir assegurar direitos, mas "Es igualmente obligado en la actualidad adoptar una perspectiva global para dar respuesta a la sentida y acuciante necesidad de comprender en su integralidad las distintas formas de cooperación y los niveles intermedios entre los grupos sociales y la Administración pública. A este propósito, no es suficiente con analizar los clásicos instrumentos reguladores, sino habrá que abordar también otras muchas fórmulas o mecanismos en pro del convenio, del consenso y de la libre adhesión, dimensión esta en que se dan cita el individuo, los grupos de poder, la sociedad y la Administración". *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, 2003, p. 24.

