

CONTRATOS PÚBLICOS E DIREITO ADMINISTRATIVO

carlos ari sundfeld
guilherme jardim jurksaitis
(organizadores)

andré castro carvalho
andré rosilho
benedicto porto neto
cristiana maria melhado araujo lima
dinorá adelaide musetti grotti
diogo r. coutinho
floriano de azevedo marques neto
frederico a. turolla
guilherme antonio fernandes
gustavo andrey fernandes
jacintho arruda câmara
juliana bonacorsi de palma
maria sylvia zanella di pietro
rodrigo pagani de souza
thiago marrara
tomas anker
luigi schirato



2790



ANDRÉ CASTRO CARVALHO – Doutor e Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela USP.

ANDRÉ ROSILHO – Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV/Direito GV. Doutorando em Direito do Estado pela USP. Foi *Visiting Student* no *Master Affaires Publiques* no *Institut d'Études Politiques de Paris (Science PO)*. Coordenador e Professor do Curso de Direito Constitucional da *sbdp*.

BENEDICTO PORTO NETO – Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP.

CARLOS ARI SUNDFELD – Professor do Mestrado Acadêmico da Pós *Lato Sensu* e da Graduação da FGV/Direito GV. Presidente da *sbdp* e Coordenador de seus Cursos de Direito Administrativo e Constitucional. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, da qual foi Professor no Doutorado, Mestrado e Graduação. Consultor Jurídico em Direito Público e Regulação.

CRISTIANA MARIA MELHADO ARAUJO LIMA – Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP.

DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI – Doutora em Direito Administrativo e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP onde é Professora Doutora de Direito Administrativo.

DIOGO R. COUTINHO – Professor Associado de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP. Livre-Docente e Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP. *MSc Regulation* pela *London School of Economics and Political Science*. Pesquisador do CEBRAP.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO – Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP. Livre-Docente e Doutor em Direito do Estado pela USP. Presidente da Associação Ibero-Americana de Estudos da Regulação. Vice-Presidente da *sbdp*. Professor do Curso de Direito Administrativo da *sbdp*.

FREDERICO A. TUROLLA – Professor Titular e Vice-Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Gestão Internacional da ESPM/PMDGI. Doutor e Mestre em Economia de Empresas pela FGV/SP. Pesquisador Associado do Núcleo de Economia dos Transportes do ITA. Consultor Econômico.

 **MALHEIROS
EDITORES**

**CONTRAI
E DIREITO A**

CONTRATOS PÚBLICOS E DIREITO ADMINISTRATIVO

carlos ari sundfeld
guilherme jardim jurksaitis
(organizadores)

Na Administração Pública atual, *administrar* é, sobretudo, contratar. Os contratos com o setor privado tornaram-se decisivos para desenvolver a infraestrutura do País e para implantar políticas públicas. Daí este livro, mais um da consagrada coleção editorial *sbdp*/Malheiros Editores, sobre os desafios e problemas mais atuais desses contratos.

Na primeira parte a obra trata da modelagem e da celebração dos contratos públicos, com ou sem licitação, analisando o Regime Diferenciado das Contratações Públicas-RDC, as concessões, os Procedimentos de Manifestação de Interesse-PMIs, as contratações sustentáveis, as sanções de proibição de contratar etc.

A segunda parte é sobre a execução dos contratos, envolvendo temas como cláusulas de reajuste e revisão, desequilíbrio dos contratos, aditivos contratuais e prorrogações.

A terceira parte do livro procura entender as contratações públicas em profundidade, por meio de sua conexão com a ampla dinâmica do direito administrativo, com suas características, problemas e tendências.

O livro é fruto de um projeto coletivo que, mais uma vez, reuniu na Sociedade Brasileira de Direito Público/*sbdp* professores, pesquisadores e profissionais de várias instituições importantes.

 **MALHEIRO
EDITORES**

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

ADMINISTRATIVO

... epts, limits, aspects, solu-
... 'omparative Analysis in the
... Welfare Law. Berlim/Nova

... language of public policy: a
... ULOU, Stella (eds.). *Public*
... entice Hall (pp. 1-9).

... lic Policy – *The Essential*

... development of the Brazi-
... change". *Yale Law School*
... 72 e 73.

... gal Order: *Towards a New*
... versity of Wisconsin Legal

... culdade de Direito no Bra-
... iscussão" n. 1-29.

... da Política e das Relações

GUILHERME ANTONIO FERNANDES – Professor dos Cursos de Direito e Relações Internacionais da FMU. Mestre em Ciências no Programa de Integração da América Latina da USP.

GUILHERME JARDIM JURKSAITIS – Mestre em Direito do Estado pela USP. Coordenador e Professor do Curso de Direito Administrativo da *sbdp*.

GUSTAVO ANDREY FERNANDES – Professor do Departamento de Gestão Pública da Escola de Administração de Empresas/FGV. Doutor e Mestre em Economia pela USP. Pesquisador na área de Políticas Públicas. Assessor Econômico do TCE-SP.

JACINTHO ARRUDA CÂMARA – Professor Doutor de Direito Administrativo da PUC/SP e do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da FGV/Direito GV. Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Vice-Presidente da *sbdp*. Consultor em Direito Público e Regulação.

JULIANA BONACORSI DE PALMA – Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. Mestre e Doutoranda em Direito do Estado pela USP.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO – Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP.

RODRIGO PAGANI DE SOUZA – Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP. *Master of Law (LL.M.)* pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale/EUA.

THIAGO MARRARA – Professor Doutor de Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito Público pela *Ludwig Maximilians Universität* de Munique, Alemanha. Mestre em Direito do Estado pela USP.

TOMAS ANKER – Mestre em Economia de Empresas pela FGV/SP. Bacharel em Economia pela USP. *Associate Investment Officer* do *International Finance Corporation*/Banco Mundial. Consultor Econômico.

VITOR RHEIN SCHIRATO – Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito do Estado pela USP. *Master of Law (LL.M.)* em Direito Administrativo Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Osnabrück, Alemanha. Vice-Presidente e Secretário Acadêmico do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico.



***CONTRATOS PÚBLICOS
E DIREITO ADMINISTRATIVO***

*Livros publicados nesta Coleção sob os auspícios da
Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp*

- Comentários à Lei de PPP – Fundamentos Econômico-Jurídicos* (sbdp/Malheiros Editores, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, 2010) – MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO
- Concessão* (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2010) – VERA MONTEIRO
- Contratações Públicas e seu Controle* (sbdp/Direito GV/Malheiros Editores, São Paulo, 2013) – Org. CARLOS ARI SUNDFELD
- Contratos Públicos e Direito Administrativo* (sbdp/Malheiros Editores, 2014) – Orgs. CARLOS ARI SUNDFELD e GUILHERME JARDIM JURKSAITIS
- Direito Administrativo Econômico* (sbdp/Malheiros Editores, 1ª ed., 3ª tir., São Paulo, 2006) – Coord. CARLOS ARI SUNDFELD
- Direito Administrativo para Céticos* (sbdp/Direito GV/Malheiros Editores, 2ª ed., São Paulo, 2014) – CARLOS ARI SUNDFELD
- Direito da Regulação e Políticas Públicas* (sbdp/Direito GV/Malheiros Editores, São Paulo, 2014) – Orgs. CARLOS ARI SUNDFELD e ANDRÉ ROSILHO
- Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)* (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2010) – EGON BOCKMANN MOREIRA
- Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo* (sbdp/Malheiros Editores, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, 2003) – Coords. CARLOS ARI SUNDFELD e CÁSSIO SCARPINELLA BUENO
- Estatuto da Cidade* (sbdp/Malheiros Editores, 3ª ed., São Paulo, 2010) – Coords. ADILSON ABREU ABREU DALLARI e SÉRGIO FERRAZ
- Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais* (sbdp/Malheiros Editores, 2ª ed., São Paulo, 2003) – Coords. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO e PEDRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO
- Jurisdição Constitucional no Brasil* (sbdp/Direito GV/Malheiros Editores, São Paulo, 2012) – Orgs. ADRIANA VOJVODIC, HENRIQUE MOTTA PINTO, PAULA GORZONI e RODRIGO PAGANI DE SOUZA
- Jurisprudência Constitucional: como Decide o STF?* (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2009) – Coords. DIOGO R. COUTINHO e ADRIANA VOJVODIC
- As Leis de Processo Administrativo – Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998* (sbdp/Malheiros Editores, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, 2006) – Coords. CARLOS ARI SUNDFELD e GUILLERMO ANDRÉ MUÑOZ
- Licitação no Brasil* (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2013) – ANDRÉ ROSILHO
- Parcerias Público-Privadas* (sbdp/Direito GV/Malheiros Editores, 2ª ed., São Paulo, 2011) – Coord. CARLOS ARI SUNDFELD
- Regras na Teoria dos Princípios* (sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2014) – RAFAEL BELLEM DE LIMA
- Comunidades Quilombolas: Direito à Terra (Artigo 68 do ADCT)* (sbdp/Centro de Pesquisas Aplicadas/Fundação Cultural Palmares/Ministério da Cultura/Editora Abaré, Brasília, 2002) – Coord. CARLOS ARI SUNDFELD
- Direito Global* (sbdp/School of Global Law/Max Limonad, São Paulo, 1999) – Coords. CARLOS ARI SUNDFELD e OSCAR VILHENA VIEIRA



CARLOS
GUILHERME,
(org)

CONTRAI E DIREITO A

ANDRÉ
AN
BENED
CARLO
CRISTIANA MARI
DINORÁ ADE
DIOG
FLORIANO DE A
FREDEF
GUILHERME
GUILHERME
GUSTAVO
JACINTHO
JULIANA B
MARIA SYLVI
RODRIGO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES



SOCIEDADE DE ADVOGADOS
DE DIREITO
PÚBLICO



CARLOS ARI SUNDFELD
GUILHERME JARDIM JURKSAITIS
(organizadores)

CONTRATOS PÚBLICOS
E DIREITO ADMINISTRATIVO

ANDRÉ CASTRO CARVALHO

ANDRÉ ROSILHO

BENEDICTO PORTO NETO

CARLOS ARI SUNDFELD

CRISTIANA MARIA MELHADO ARAUJO LIMA

DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI

DIOGO R. COUTINHO

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

FREDERICO A. TUROLLA

GUILHERME ANTONIO FERNANDES

GUILHERME JARDIM JURKSAITIS

GUSTAVO ANDREY FERNANDES

JACINTHO ARRUDA CÂMARA

JULIANA BONACORSI DE PALMA

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

RODRIGO PAGANI DE SOUZA

THIAGO MARRARA

TOMAS ANKER

VITOR RHEIN SCHIRATO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS
MALHEIROS
EDITORES



CONTRATOS PÚBLICOS E DIREITO ADMINISTRATIVO

© SBDP, 2015

ISBN: 978-85-392-0290-4

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205
Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

*Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.*

*Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.*

*Impresso no Brasil
Printed in Brazil
03.2015*

Manesco - Advoc
TOMBO: 219
CCDIR: 311
CUTTER: C764
ANO: 2015 EDIÇÃO
EX: 1 VOL:

*Apresentação
– CARLOS ARI SUNDFELD e*

*PARTE I – M
DOS C*

*Capítulo 1 – Onde Está
– CARLOS ARI SUNDFELD e*

*Capítulo 2 – Apontame
das Contratações Púl
– BENEDICTO PORTO NETO*

*Capítulo 3 – Desafios n
Contratação Integraa
– ANDRÉ ROSILHO*

*Capítulo 4 – Contrataçã
– JULIANA BONACORSI DE I*

*Capítulo 5 – O Regime
Concessão
– MARIA SYLVIA ZANELLA L*

*Capítulo 6 – Concessões
em Infraestrutura no
– VITOR RHEIN SCHIRATO*

*Capítulo 7 – A Participa
Privada em Projetos*

Manesco - Advocacia	
TOMBO:.....	2790
CCDIR:.....	241.3
CUTTER:.....	C764
ANO:.....	2015
EDIÇÃO:.....	
EX:.....	1
VOL:.....	

SUMÁRIO

Apresentação..... 13
– CARLOS ARI SUNDFELD e GUILHERME JARDIM JURKSAITIS

**PARTE I – MODELAGEM E LICITAÇÃO
DOS CONTRATOS PÚBLICOS**

Capítulo 1 – Onde Está o Princípio Universal da Licitação?... 19
– CARLOS ARI SUNDFELD e ANDRÉ ROSILHO

Capítulo 2 – Apontamentos sobre o Regime Diferenciado das Contratações Públicas/RDC 39
– BENEDICTO PORTO NETO

Capítulo 3 – Desafios na Modelagem Jurídica da Contratação Integrada..... 57
– ANDRÉ ROSILHO

Capítulo 4 – Contratações Públicas Sustentáveis 80
– JULIANA BONACORSI DE PALMA

Capítulo 5 – O Regime das Licitações para os Contratos de Concessão 114
– MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Capítulo 6 – Concessões de Serviços Públicos e Investimentos em Infraestrutura no Brasil: Espetáculo ou Realidade?..... 142
– VITOR RHEIN SCHIRATO

Capítulo 7 – A Participação Proativa e Reativa da Iniciativa Privada em Projetos de Infraestrutura no Brasil: um

<i>Estudo sobre as Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada/MIPs e os Procedimentos de Manifestação de Interesse/PMIs</i>	170
– ANDRÉ CASTRO CARVALHO	

<i>Capítulo 8 – A Proibição de Contratar com o Poder Público e seus Efeitos sobre os Grupos Empresariais</i>	183
– CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA	

**PARTE II – EQUILÍBRIO E ALTERAÇÃO
DOS CONTRATOS PÚBLICOS**

<i>Capítulo 9 – As Cláusulas de Reajuste nos Contratos Públicos e a Segurança Jurídica</i>	215
– CARLOS ARI SUNDFELD, RODRIGO PAGANI DE SOUZA e ANDRÉ ROSILHO	

<i>Capítulo 10 – Desequilíbrio Econômico-Financeiro em Contratos de Participação Privada de Longo Prazo</i>	237
– TOMAS ANKER e FREDERICO A. TUROLLA	

<i>Capítulo 11 – O Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos: o Caso da Análise das Taxas Internas de Retorno/TIRs das Concessões Rodoviárias</i>	256
– GUSTAVO ANDREY FERNANDES e GUILHERME ANTONIO FERNANDES	

<i>Capítulo 12 – Uma Proposta para Melhorar os Aditamentos a Contratos Públicos</i>	277
– GUILHERME JARDIM JURKSAITIS	

<i>Capítulo 13 – As Modificações no Setor de Energia Elétrica e os Contratos de Concessão</i>	295
– DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI e CRISTIANA MARIA MELHADO ARAUJO LIMA	

**PARTE III – PÚBLICO E PRIVADO
NO DIREITO ADMINISTRATIVO**

<i>Capítulo 14 – A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação</i>	353
– FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	

*Capítulo 15 – A Exper
Alemão: o que os B*
– THIAGO MARRARA

Capítulo 16 – O Direi
– DIOGO R. COUTINHO

<i>Capítulo 15 – A Experiência do Direito Administrativo Alemão: o que os Brasileiros Devem Saber?</i>	426
– THIAGO MARRARA	
<i>Capítulo 16 – O Direito nas Políticas Públicas.....</i>	447
– DIOGO R. COUTINHO	

iciativa
to de 170

Público 183

s 215

é ROSILHO

em
o 237

os
Taxas
írias 256

VDES

mentos
..... 277

Elétrica
..... 295

vo e sua
..... 353

COLABORADORES

ANDRÉ CASTRO CARVALHO

Doutor e Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela USP — Advogado em São Paulo

ANDRÉ ROSILHO

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da FGV/Direito GV — Doutorando em Direito do Estado pela USP — Foi *Visiting Student* no *Master Affaires Publiques* no *Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po)* — Coordenador e Professor do Curso de Direito Constitucional da *sbdp* — Foi aluno da Escola de Formação da *sbdp* (2007) — Advogado em São Paulo

BENEDICTO PORTO NETO

Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP — Advogado em São Paulo

CARLOS ARI SUNDFELD

Professor do Mestrado Acadêmico da Pós *Lato Sensu* e da Graduação da Escola de Direito de São Paulo da FGV/Direito GV — Presidente da *sbdp* e Coordenador de seus Cursos de Direito Administrativo e Direito Constitucional — Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC/SP, da qual foi professor no Doutorado, Mestrado e Graduação (1983-2013) — Consultor Jurídico em Direito Público e Regulação

CRISTIANA MARIA MELHADO ARAUJO LIMA

Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP — Advogada

DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI

Professora Doutora de Direito Administrativo da PUC/SP — Doutora em Direito Administrativo e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP — Advogada em São Paulo

DIOGO R. COUTINHO

Professor Associado de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP — Livre-Docente e Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP — *MSc Regulation* pela *London School of Economics and Political Science/LSE* (Londres) — Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento/CEBRAP

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP — Livre-Docente e Doutor em Direito do Estado pela USP — Presidente da Associação Ibero-Americana de Estudos da Regulação/ASIER — Vice-Presidente da *sbdp* — Professor do Curso de Direito Administrativo da *sbdp* — Advogado em São Paulo

FREDERICO A. TUOLLA

Professor Titular e Vice-Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Gestão Internacional da Escola Superior de Propaganda e Marketing/ESPM/PMDGI — Doutor e Mestre em Economia de Empresas pela FGV/SP — Pesquisador Associado do Núcleo de Economia dos Transportes do Instituto Tecnológico da Aeronáutica/NECTAR/ITA — Consultor Econômico

GUILHERME ANTONIO FERNANDES

Professor dos Cursos de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Metropolitanas Unidas/FMU — Mestre em Ciências no Programa de Integração da América Latina da USP/PROLAM USP — Advogado em São Paulo

GUILHERME JARDIM JURKSAITIS

Mestre em Direito do Estado pela USP — Coordenador e Professor do Curso de Direito Administrativo da *sbdp* — Foi aluno da Escola de Formação da *sbdp* (2004) — Advogado em São Paulo

GUSTAVO ANDREY FERNANDES

Professor do Departamento de Gestão Pública da Escola de Administração de Empresas – EAESP/FGV – Doutor e Mestre em Economia pela USP — Pesquisador na área de Políticas Públicas — Assessor Econômico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

JACINTHO ARRUDA CÂMARA

Professor Doutor de Direito Administrativo da PUC/SP — Professor do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Direito de São

Paulo da FGV/Direito Administrativo pela PUC/SP Paulo, especializado

JULIANA BONACORSI DE PALM
Professora de Direito A
sidade São Judas Ta
pela USP — Foi alu

MARIA SYLVIA ZANELLA DI F
Professora Titular de D
USP

RODRIGO PAGANI DE SOUZA
Professor Doutor de Di
USP — Doutor e Me
Laws (LL.M.) pela
(EUA) — Foi alu
gado em São Paulo

THIAGO MARRARA
Professor Doutor de Di
Nova Faculdade de
pela *Ludwig Maxim*
— Mestre em Direit

TOMAS ANKER
Mestre em Economia d
mia pela USP — *A*
nance Corporation/

VITOR RHEIN SCHIRATO
Professor Doutor de Di
USP — Doutor em
(*LL.M.*) em Direito
Direito da Universid
te e Secretário Acad
trativo, Ambiental e

Paulo da FGV/Direito GV — Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP — Vice-Presidente da *sbdp* — Advogado em São Paulo, especializado em Consultoria em Direito Público e Regulação

JULIANA BONACORSI DE PALMA

Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu — Mestre e Doutoranda em Direito do Estado pela USP — Foi aluna da Escola de Formação da *sbdp* (2004)

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP

RODRIGO PAGANI DE SOUZA

Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP — Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP — *Master of Laws (LL.M.)* pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale (EUA) — Foi aluno da Escola de Formação da *sbdp* (1998) — Advogado em São Paulo

THIAGO MARRARA

Professor Doutor de Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental da Nova Faculdade de Direito da USP — Doutor em Direito Público pela *Ludwig Maximilians Universität/LMU* de Munique (Alemanha) — Mestre em Direito do Estado pela USP

TOMAS ANKER

Mestre em Economia de Empresas pela FGV/SP — Bacharel em Economia pela USP — *Associate Investment Officer* do *International Finance Corporation/IFC* — Banco Mundial — Consultor Econômico

VITOR RHEIN SCHIRATO

Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP — Doutor em Direito do Estado pela USP — *Master of Laws (LL.M.)* em Direito Administrativo Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Osnabrück (Alemanha) — Vice-Presidente e Secretário Acadêmico do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico/CEDAU — Advogado em São Paulo

Financeiro da Faculdade de
r em Direito Econômico e
ela *London School of Eco-*
s) — Pesquisador do Cen-
EBRAP

Faculdade de Direito da
o do Estado pela USP —
de Estudos da Regulação/
essor do Curso de Direito
io Paulo

ma de Mestrado e Dou-
uperior de Propaganda e
re em Economia de Em-
ado do Núcleo de Eco-
lógico da Aeronáutica/

acionais das Faculdades
iências no Programa de
AM USP — Advogado

lenador e Professor do
oi aluno da Escola de
o Paulo

Escola de Administra-
Mestre em Economia
Públicas — Assessor
São Paulo

/SP — Professor do
la de Direito de São

APRESENTAÇÃO

Os contratos do Estado com o setor privado são hoje decisivos para desenvolver a infraestrutura e implantar políticas públicas. Na Administração Pública atual, *administrar* é, sobretudo, contratar. Mas como contratar bem? Como gerenciar os contratos? Como entendê-los?

Este livro, na parte inicial, cuida da criação dos contratos públicos — o que envolve sua modelagem e celebração, com ou sem licitação. Um debate que precisa renovar-se a respeito disso é sobre a extensão do dever constitucional de licitar (Capítulo 1). Ademais, novas regras e experiências surgiram: sobre Regime Diferenciado de Contratações/RDC (Capítulos 2 e 3), sobre contratações sustentáveis (Capítulo 4) e sobre proibição de contratar com o Poder Público (Capítulo 8). As concessões para projetos de infraestrutura, já bastante numerosas, têm se tornado mais complexas, e propõem desafios diferentes (Capítulos 5, 6 e 7).

Na segunda parte o livro foca na fase de execução dos contratos. Ali, discute-se o problema do equilíbrio e do desequilíbrio dos contratos ao longo do tempo, especialmente no caso das concessões, e as soluções adotadas pelas cláusulas de reajuste e revisão (Capítulos 9, 10 e 11). Também são examinadas as alterações das concessões, seja pela inclusão de novas obrigações, seja pela extensão ou prorrogação do prazo de vigência, em virtude de opções regulatórias (Capítulos 12 e 13).

Na terceira parte o livro procura entender as contratações públicas em profundidade, por meio de sua conexão com a experiência administrativa mais geral. *Contratar* é aplicar normas jurídicas — constitucionais, legais e regulamentares — criando novas normas: as contratuais. *Gerenciar contratos*, por sua vez, é não só executar essas normas, mas também alterá-las e ampliá-las. Portanto, entender contratos públicos é considerá-los dentro da ampla dinâmica do direito

administrativo, com suas características, problemas e tendências (Capítulos 14, 15 e 16).

O livro é fruto de um projeto coletivo que, mais uma vez, reuniu na Sociedade Brasileira de Direito Público/*sbdp* professores, pesquisadores e profissionais de várias instituições importantes. Eles têm sido parceiros constantes da *sbdp*, inclusive no Curso de Direito Administrativo, que é um programa permanente para discussão das novidades e dificuldades dessa área jurídica, sob a coordenação dos organizadores deste livro.

O livro comemora os 15 anos de sucesso da coleção editorial *sbdp*/Malheiros Editores, em seu compromisso de renovar com consistência o direito público brasileiro. O tema das contratações do Estado, em suas muitas facetas (licitação, contratação direta, contratos administrativos, concessões comuns, PPPs etc.) tem sido recorrente na coleção. Não é por acaso. Já há muitos anos este é o principal foco de pesquisa e debate do Núcleo de Direito Administrativo da *sbdp*, criada em 1993.

O livro *Contratações Públicas e seu Controle*, Carlos Ari Sunfeld (org.), além de esmiuçar os problemas mais atuais do controle, sobretudo pelos Tribunais de Contas, cuidou dos mecanismos de formação (contratações diretas e modalidades de licitação, inclusive no RDC) e dos parceiros diferenciados (Terceiro Setor e empresas semiestatais). Outro trabalho, *Licitação no Brasil*, de André Rosilho, fornece visão realista do direito das licitações em seu conjunto.

Anteriormente, a obra *Concessão*, de Vera Monteiro (2010), traçara um panorama dessa espécie de contratos, a cada dia mais relevantes na prática administrativa. *Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*, de Egon Bockmann Moreira, mergulhou com profundidade na Lei de Concessões comuns. As parcerias público-privadas/PPP e sua lei foram tratadas nestas duas obras: *Parcerias Público-Privadas*, Carlos Ari Sunfeld (coord.), que apresenta e discute as variadas experiências com contratos de parceria, e *Comentários à Lei de PPP – Fundamentos Econômico-Jurídicos*, de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, com leitura e discussão multidisciplinar das normas desta lei, que mudou o conceito e o uso das concessões no Brasil.

O programa de curso se desenvolve sem paralisar o trabalho generoso e da liderança de Carlos Ari Sunfeld. Sem ela o direito público brasileiro não teria nascido. Se não fosse ela e quem dirigem essa verdadeira escola de juristas, o direito público brasileiro não teria sido escrito por Roberto, Álvaro e Suzana em homenagem.

problemas e tendências (Ca-

que, mais uma vez, reuniu
do/sbdp professores, pesqui-
ções importantes. Eles têm
e no Curso de Direito Ad-
te para discussão das novi-
b a coordenação dos orga-

cesso da coleção editorial
isso de renovar com con-
ia das contratações do Es-
tratação direta, contratos
etc.) tem sido recorrente
os este é o principal foco
Administrativo da *sbdp*,

ntrole, Carlos Ari Sund-
mais atuais do controle,
dos mecanismos de for-
le licitação, inclusive no
ro Setor e empresas se-
asil, de André Rosilho,
s em seu conjunto.

Vera Monteiro (2010),
tratos, a cada dia mais
to das Concessões de
37/1995 (Parte Geral),
m profundidade na Lei
o-privadas/PPPs e sua
rias Público-Privadas,
e discute as variadas
Comentários à Lei de
de Maurício Portugal
discussão multidisci-
ceito e o uso das con-

O programa de cursos, seminários, pesquisas e publicações, que se desenvolve sem parar na *sbdp*, e sempre se renova, é fruto do trabalho generoso e da liderança inspiradora de Roberta Alexandr Sundfeld. Sem ela o direito público brasileiro seria hoje mais triste, e este livro não teria nascido. Sem Álvaro e Suzana Malheiros, que criaram e dirigem essa verdadeira instituição nacional que é a Malheiros Editores, o direito público brasileiro teria bem menos brilho e calor. Para Roberta, Álvaro e Suzana nossa dívida, nosso agradecimento e nossa homenagem.

CARLOS ARI SUNDFELD
GUILHERME JARDIM JURKSAITIS

Capítulo 14

A BIPOLARIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO E SUA SUPERAÇÃO¹

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

14.1 Introdução. 14.2 Liberdade e autoridade na origem do direito administrativo: 14.2.1 Ruptura e tradição com o passado. 14.3 Distintos enfoques para o direito administrativo: 14.3.1 O movimento de inclinação "pro autoritatis" – 14.3.2 O direito administrativo visto pelo ângulo do indivíduo. 14.4 A importância do indivíduo para o direito administrativo. 14.5 Os papéis do privado na consecução das finalidades públicas: 14.5.1 O papel de "súdito" – 14.5.2 O papel de beneficiário – 14.5.3 O papel de cliente – 14.5.4 O papel de parceiro. 14.6 A atuação administrativa na relação com os particulares. 14.7 A tripla função do direito administrativo: 14.7.1 Como instrumento de restrição de direitos – 14.7.2 Como instrumento de efetivação de direitos – 14.7.3 Como instrumento de composição de interesses. 14.8 Do paradigma bipolar ao paradigma relacional. 14.9 Conclusão.

"Como metáfora, poderíamos dizer que a normatização do direito administrativo teria, então, dois polos, um destinado a resguardar a autoridade, e outro, a liberdade."²

1. Agradeço imensamente a Carlos Ari Sundfeld, Marina Fontão Zago e Mais Moreno pela disposição em ler e discutir este texto, oferecendo críticas e sugestões pertinentes, que, acatadas, tornaram a versão final muito melhor que todas as antecedentes. As falhas, opiniões e incompletudes deste artigo, porém, são exclusivas do seu autor.

2. Massimo Severo Giannini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 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".

“Por fim, se percebe um modo diferente de estabelecer as relações entre público e privado. Estas não são apenas bipolares. São também multipolares.”³

14.1 Introdução

O recurso à figura da bipolaridade utilizada por Massimo Severo Giannini e Sabino Cassese⁴ nas epígrafes citadas não se deve apenas à irresistível tentação de associar o direito administrativo ao transtorno psicológico de mesmo nome, como forma de lembrar a contradição essencial existente na estruturação tradicional deste 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, até mesmo os fundamentais. A lembrança desta bipolaridade nos é útil, mais que tudo, para lembrar que o direito administrativo tem sido edificado sobre várias dicotomias, além da célebre oposição autoridade/liberdade:⁵ público-privado; indivíduo/coletividade; concentração/limitação do poder; legalidade/discrecionalidade. Em termos bastante sintéticos, o direito administrativo equilibra-se entre várias polaridades, edifica-se sobre inúmeras contradições.

3. Sabino Cassese, “L’arena Pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/649, Milão, 2001. 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”.

4. As duas citações que servem de epígrafe a este artigo 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, como veremos, o entendimento de Cassese parte da crítica de Giannini à bipolaridade para construir sua tese de um novo paradigma, que chama de *Arena Pubblica*.

5. 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 a 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”, *RTDP* 51-52/14, São Paulo, Malheiros Editores, 2010). No mesmo sentido, v. Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, 5ª ed., 5ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 118.)

Contradição do agir de algum contrachados, pessoas físicas, volta-se a Estado/sociedade advêm também conformidade de terior, marcado

O que interfere e da liberdade direito que se quer direito da exort afirmar como c especial ao direito provém da autonomia da a a compõem (que o Estado – e, por serviente e depende indiferente e sei

Qual o sentimento está no fato de administrativo c sição, no binômio já se configura equilíbrio de ir exercício da aut

O cotejo em to administrativo sões a ele subjac embora central sempre foi desafio do par

6. Eduardo G. *Derecho Público E* 2005, pp. 102-108.

nte de estabelecer as relações entre bipolares. São também multipola-

utilizada por Massimo Severo s citadas não se deve apenas o administrativo ao transtorna de lembrar a contradição onal deste ramo jurídico, em tos fundamentais convivem cio, à limitação e ao condi- mesmo os fundamentais. A mais que tudo, para lembrar ificado sobre várias dicotole/liberdade:⁵ público-privat/limitação do poder; legalistante sintéticos, o direito olaridades, edifica-se sobre

paradigmi per lo Stato". *Rivista* l. No original: "Da ultimo, si è i pubblico e privato. Queste non

a este artigo não são aleatórias, na obra de dois dos mais imporrdade, como veremos, o entendiolaridade para construir sua tese

a. etiza essa contradição: "Releva n pleno período do Estado Libe-individualismo em todos os as-a a de proteger as liberdades do . No entanto, paradoxalmente, o arismo, já que reconheceu uma tração Pública. Daí a afirmação o binômio: liberdade e autorida-51-52/14, São Paulo, Malheiros dfeld, *Fundamentos de Direito* . 2014, p. 118.)

Contradições 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, volta-se a disciplinar as diversas facetas da permanente tensão Estado/sociedade. Tais contradições (ou, se quisermos, polaridades) 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.

O que intentamos mostrar é que, premido pelos polos da autoridade e da liberdade, o direito administrativo irá se transformar de um direito que se quer garantidor do indivíduo em face do poder em um direito da exorbitância. Isso em grande parte pela necessidade de se afirmar como conteúdo e como método frente a outros ramos, em especial ao direito comum. Embora apoiado na ideia de que a autoridade provém da outorga conferida pelos indivíduos,⁶ o processo de autonomia da autoridade em relação à sociedade e aos indivíduos que a compõem (que estamos aqui a designar por privados) fará com que o Estado – e, por conseguinte, a Administração Pública – se torne não serviente e dependente dos indivíduos mas, ao contrário, muitas vezes indiferente e sempre prevalecente sobre aqueles.

Qual o sentido, enfim, de destacar esta bipolaridade? A resposta está no fato de que, ao fim e ao cabo, demonstraremos que o direito administrativo contemporâneo não pode mais se apoiar na contraposição, no binômio, autoridade/liberdade. Ao revés, este ramo do Direito já se configura e deve se estruturar em torno de outras noções, de equilíbrio de interesses, processo, de consenso, de ponderação do exercício da autoridade.

O cotejo entre as diferentes concepções de modelo teórico do direito administrativo (compreendendo sua estrutura e sua função) e as tensões a ele subjacentes nos permitirão demonstrar 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; (ii) no

6. Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los Derechos – La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, 1ª reimpr., Madrid, Alianza, 2005, pp. 102-108.

hodierno quadro de crescentes e complexas obrigações do Estado mostra-se fundamental o arranjo entre os múltiplos interesses enredados na atuação estatal; (iii) é necessário deslocar o modelo teórico de análise do direito administrativo da *estrutura* para a *função*, reposicionando o cidadão no centro das preocupações deste ramo do Direito, transpondo-o para outro modelo que Cassese denomina “Arena Pública”, que aqui designamos de *paradigma multipolar*.⁷

14.2 Liberdade e autoridade na origem do direito administrativo

Em trabalho anterior⁸ procuramos 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 por procurar 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 esse processo de unificação e concentração do poder, demonstramos, correspondeu um poder inicialmente desprovido de limites, altamente concentrado e em geral desmedido (o que facilmente convola para o despotismo). Em uma palavra: aquele poder absoluto que os movimentos revolucionários do final do século XVIII e 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”.⁹ Claro que tal configuração corresponde ao modelo teórico do administrativismo.

Logo surgirão os mecanismos para permitir que aquele poder unificado se torne mais efetivo, contornando os limites ditados pela

7. Em texto precioso, partindo de fundamentos teóricos distintos, Santiago Montt trabalha também com uma oposição de paradigmas que chama de “paradigma legal” (“luz vermelha”) e “paradigma responsivo” (“luz verde”). Em linhas gerais, esta oposição também se aproxima do aqui exposto. Sobre o paradigma responsivo, v. meu “A superação do ato administrativo autista”, in Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato (orgs.), *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 2011, pp. 89-113.

8. V. meu *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002, especialmente pp. 56 e ss.

9. Idem, p. 65.

adstrição do poder Judiciário.¹⁰

10. Quase concon separação dos Poderes margens de discricionarção administrativa, nciais ao mérito administ

Como ensina Rom de de jurisdição permite tos envolvendo a Admin a Administração pode se direito de exceção” (*Re rum*, 2009, p. 69. No me Paris, PUF, 2010, pp. 80 da Silva indica ser o “f nascido como “um cont *ministrativo Perdido*. Co do revolucionário francioso administrativo e A controle judicial a cargo cia de valores e agentes de justiça delegada intrtativa e Administração Púl vo se vai, progressiva e p do contencioso administ “compromisso inicial” re tende a esbater-se, mas c cioso” (idem, p. 34).

Paulo Otero utiliza mesmo fenômeno de per tivo (*Legalidade e Admi à Juridicidade*. Coimbra bém é desenvolvida na li a chave “contradições nã paradigmas do direito ac administrativo não se cor alguns vícios de origem Moderno, desde a ascen: últimas décadas do sécul Direito agravaram o desc expectativas das socieda (*Uma Teoria do Direito t titucionalização*, 2ª ed., l paradigmas que remeten segundo o autor, com as interesse público; (ii) leg intangibilidade do mérito

as obrigações do Estado mostram os interesses enredados no modelo teórico de análise da função, reposicionando o campo do Direito, transpondo-a "Arena Pública", que aqui

do direito administrativo

mostrar que o surgimento do direito administrativo resulta da interação de dois processos que se referem à concentração do esforço por procurar delimitar os limites e regramentos. Diferentemente do direito administrativo do Estado Moderno, com a sua racionalização. A esse processo de racionalização, correspondeu um movimento de concentração e emanação (para o despotismo). Em movimentos revolucionários do século XIX, capitaneados por aqueles que queriam limitar, frear, limitar. "Neste sentido, a ordem jurídica e, de fato, o direito administrativo".⁹ Claro que tal conceito não exclui o administrativismo.

Permitir que aquele poder ultrapasse os limites ditados pela

fontes distintas. Santiago Montt chama de "paradigma legal" (1997). Em linhas gerais, esta abordagem responde, v. meu "A Teoria do Direito Administrativo", Ed. RT, 2011, pp. 89-113. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros

adstrição do poder à lei (emanada do Parlamento) e à censura pelo Judiciário.¹⁰

10. Quase concomitantemente à afirmação dos princípios da legalidade e da separação dos Poderes surgirão seus "antídotos". Por um lado, o crescimento das margens de discricionariedade conferida ao Estado-Administração. No outro, a jurisdição administrativa, nos Países de duplicidade de jurisdição, e as interdições judiciais ao mérito administrativo, nos Países de jurisdição unitária.

Como ensina Romeu Felipe Bacellar Filho, ao mesmo tempo em que a dualidade de jurisdição permite uma especialidade maior do julgador na solução dos conflitos envolvendo a Administração 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*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 69). No mesmo sentido também Pierre Delvolvé, *Le Droit Administratif*, Paris, PUF, 2010, pp. 80 e ss.). 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*, Coimbra, Almedina, 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 introduzida em 1872, a aproximação entre jurisdição administrativa e Administração Pública se perpetua: "À 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" (idem, p. 34).

Paulo Otero utiliza a expressão "ilusão garantística da gênese" para designar o mesmo fenômeno de permanência da autoridade na construção do direito administrativo (*Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdicção*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 271). Análise semelhante também é desenvolvida na literatura brasileira por Gustavo Binbenbim, 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 por 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. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 22-23). São os seguintes paradigmas que remetem à gênese do direito administrativo colocados em xeque, segundo o autor, com as transformações do Estado: (i) princípio da supremacia do interesse público; (ii) legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; (iii) intangibilidade do mérito administrativo; e (iv) a ideia do Poder Executivo unitário.

Naquela oportunidade asseverávamos que os processos de concentração e de delimitação do poder se refletem na permanente tensão em torno da qual o direito administrativo se constrói. De um lado, o direito administrativo como direito exorbitante, ramo jurídico contido de regras e instrumentos consumidores do poder extroverso. De outro, o mesmo direito administrativo a contemplar regras de proteção contra abusos desse poder.¹¹

E, em certa medida, esta tensão se reflete não apenas no contraponto autoridade/liberdade, mas também no próprio debate sobre o momento e os fundamentos da origem do direito administrativo.

Embora, como ramo autônomo do Direito, o administrativismo seja razoavelmente recente,¹² é fato que normas disciplinando a atuação do Poder Público existiam em todas as manifestações de sociedades politicamente organizadas.¹³ 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,¹⁴ qualquer

11. 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 sair estabelecendo 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*, cit., p. 15).

12. Neste sentido a célebre frase de Otto Mayer (*Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 18): "Unser Verwaltungsrecht ist ein junges recht". No mesmo sentido, v. Sabino Cassese, *Lo Spazio Giuridico Globale*, Roma/Bari, Laterza, 2006, p. 150.

13. Juan Carlos Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 58-59.

14. É, por exemplo, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 1). Acerca da situação de preexistência de uma estrutura administrativa forte e organizada durante o período absolutista – estrutura, esta, que irá servir de base para o desenvolvimento do direito administrativo –, v. Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los Derechos – La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, cit., 1ª reimpr., p. 181. V. também Guy Braibant e Bernard Stirn, *Le Droit Administratif Français*, 7ª ed., Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2005, pp. 29-34. Ainda: Jean Rivero, *Droit Administratif*, 8ª ed., Paris, Dalloz, 1977, p. 13.

organizaçã
pre demã
controver
corpo de n
que a orden
concretizaç
Moderno. C
conferir lin
indivíduos

Esta li
dadas pela
corrente ma
direito admi
submeter a
afirmação c
mento do E

15. Mas
trativo", in *Q*
2, Milão, 197
ao advento de
tivo, 4ª ed., S

16. O q
Antunes, par
assume a for
Direito Admi

17. Ode
que o princíp
to administra
2003, p. 23).

passa a existi
ção de Poder
1). No mesm
nistração Pú

18. "Nã
pressuposto:
do da lei; a s
soluto) e a s
mesmo instau
Amministrati
original: "No
altro pressup
re il primato
(propria delle
nome giurid

ávamos que os processos de con-
se refletem na permanente tensão
trativo se constrói. De um lado, o
exorbitante, ramo jurídico conti-
umadores do poder extroverso. De
vo a contemplar regras de proteção

o se reflete não apenas no contra-
mbém no próprio debate sobre o
em do direito administrativo.

o do Direito, o administrativismo
que normas disciplinando a atua-
odas as manifestações de socieda-
em sempre tais regras tiveram o
a atuação do soberano e de seus
um enfoque estrutural,¹⁴ qualquer

uel Pascoal Dias Pereira da Silva, esse
nte ao périplo de Robinson Crusoe, que,
tir todos os petrechos que lhe permitam
ai em expedição, para sair estabelecendo
z o autor português: "De igual modo, na
de máxima concentração e unificação do
do ditatorial (...) e um segundo momento,
'forte' para ir à procura do Homem, para
eja o garante da liberdade e dos direitos
liente técnico da separação de Poderes"
, cit., p. 15).

lto Mayer (*Derecho Administrativo Ale-*
"Unser Verwaltungsrecht ist ein junges
se, *Lo Spazio Giuridico Globale*, Romal

Derecho Administrativo, 10ª ed., Buenos

Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Admi-*
erca da situação de preexistência de uma
durante o período absolutista – estrutura,
lvimento do direito administrativo –, v.
s Derechos – La Formación del Derecho
a, cit., 1ª reimpr., p. 181. V. também Guy
tratif Français, 7ª ed., Paris, Presses de
Jean Rivero, *Droit Administratif*, 8ª ed.,

organização do poder político, dotada de alguma complexidade, sem-
pre demandou uma disciplina que poderíamos chamar jurídica.¹⁵ É
controverso se podemos denominar de direito administrativo qualquer
corpo de normas voltado a essa disciplina. Tampouco podemos dizer
que a ordenação jurídica da atuação do Estado, enquanto estrutura de
concretização do poder político, seja uma criação exclusiva do Estado
Moderno. O que é, sim, fruto da Modernidade é a preocupação em
conferir limites à atuação dessa estrutura e de assegurar direitos aos
indivíduos quando de seu relacionamento com o poder estatal.¹⁶

Esta 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, à legalidade e à tripartição de Poderes.¹⁷ Sua
afirmação como ramo autônomo estaria, então, ligada ao desenvolvi-
mento do Estado de Direito,¹⁸ no qual passam a estar sujeitos à lei

15. Massimo Severo Giannini, "Profili storici della scienza del diritto amminis-
trativo", in *Quaderni Fiorentini: per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol.
2, Milão, 1973, p. 209. Sobre a existência de normas administrativas anteriormente
ao advento do Estado Moderno, v. Romeu Felipe Bacellar Filho, *Direito Administra-*
tivo, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1.

16. O que se aproxima, em certa medida, da concepção de Luís 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, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 22).

17. Odete Medauar é clara quanto a um destes aspectos: "Indubitável, assim,
que o princípio da separação de Poderes configura pressuposto da formação do direi-
to administrativo" (*O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT,
2003, p. 23). Na síntese de Alexandre Santos de Aragão: "O direito administrativo só
passa a existir como tal quando da autolimitação do Estado pelo princípio da separa-
ção de Poderes" (*Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, p.
1). No mesmo sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Do Direito Privado na Admi-*
nistração Pública, São Paulo, Atlas, 1989, p. 45.

18. "Não menos essencial, para que haja um direito administrativo, é um outro
pressuposto: que o Estado seja um Estado de Direito. Tal conceito significa o prima-
do da lei; a superação da fórmula do *sovrano legibus solutus* (própria do Estado Ab-
soluto) e a sujeição do mesmo Estado (como sujeito) às normas jurídicas por ele
mesmo instauradas (como Estado-Ordenamento)" (Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto*
Amministrativo, 10ª ed., Nápoles, Eugenio Jovene, 1969, p. 19 – tradução livre). No
original: "Non meno essenziale è però, perchè esista un diritto amministrativo, un
altro presupposto: che lo Stato sia uno Stato di Diritto. Tale concetto sta a signifi-
care il primato della legge; il superamento della formula del *sovrano legibus solutus*
(propria dello Stato Assoluto) e la soggezione dello stesso Stato (como soggetto) alle
norme giuridiche da esso instaurate (como Stato-Ordinamento)".

e aos mecanismos de controle não só os súditos, mas também os detentores do poder estatal.

O direito administrativo seria, portanto, caudatário do processo de universalização da legalidade (entendida como submissão de todos ao comando legal emanado do Parlamento) e da segregação de poderes (com isolamento dos poderes administrativos no Executivo e 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 Sylvania Zanella Di Pietro, o direito administrativo seria, então, herdeiro das revoluções que sepultaram o Absolutismo.¹⁹ Na lição de 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 e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente”.²⁰

Ou seja: o direito administrativo seria fruto da limitação do poder extroverso, seria o direito da contenção e 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.²¹

Por milagre ou por circunstâncias históricas, para a grande maioria dos autores o direito administrativo se constitui como o ramo do Direito voltado 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*”²² e proteção das liberdades e dos indivíduos.

19. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., p. 2.

20. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 31ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 47.

21. Prosper Weil e Dominique Pouyaud, *Le Droit Administratif*, 22ª ed., Paris, PUF, 2008, p. 5.

22. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., p. 47.

Há, porém, o relação entre o d Otero, após passa direito administra do no exemplo fr presta justamente rio²³ – submissão, tesquieu –, vai d equívoco se pode administrativo”.²⁴ da igualdade, cuja Francesa, estaria a de em detrimento Otero, as explicaç e submeter o pode são garantística d Pascoal Dias Pere

23. No que coínc ção tem desvantagens despotismo administra (...). Ela já não seria a Revolução, incluindo o tal instituição se deu se Napoleão, mediante a c A Administração, já en dicionais, donde, entãc regado deste controle” livre). No original: “C Elle risquait de mener nistration auraitété à l conforme aux principe respect des droits de l sorte comblé sous un r poléon, par la création L'Administration était l'être par les tribunaux juridiction spéciale cha

24. Paulo Otero, *L Administrativa à Juridi*

25. Idem, p. 273.

26. Vasco Manuel tivo Perdido, cit., p. 24

ditos, mas também os de-
o, caudatário do processo
como submissão de todos
e da segregação de pode-
tivos no Executivo e alo-
o e da atividade de julgar
ão fosse logo contornada
e a adotaram). Nas pala-
eito administrativo seria,
am o Absolutismo.¹⁹ Na
“o direito administrativo
Direito que regula o com-
ito] que disciplina as re-
s, e só poderia mesmo
como qualquer, estivesse
mover-se dentro do âm-
cido genericamente”.²⁰

to da limitação do poder
bordinação do poder ao
esmo, na feliz expressão
milagre, pois decorreria
er extroverso, justamen-

as, para a grande maio-
nstitui como o ramo do
r o poder submetido aos
um direito de contenção
lão”²² e proteção das li-

strativo. cit., p. 2.
reito Administrativo, 31ª ed.,

Administratif, 22ª ed., Paris,

Direito Administrativo, cit.,

Há, porém, outra gama de autores de relevo que questionam essa relação entre o direito administrativo e a limitação do poder. Paulo Otero, 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 Judiciário²³ – submissão, esta, plena, que se esperaria à luz da teoria de Montesquieu –, vai dizer que apenas “por manifesta ilusão de ótica ou equívoco se poderá vislumbrar uma gênese garantística no direito administrativo”.²⁴ Para o autor 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 explicações do direito administrativo como voltado a conter e submeter o poder padeceriam do que, com verve, denomina de “ilusão garantística da gênese”.²⁵ Na mesma linha vai Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva.²⁶

23. No que coincide com a lição de Guy Braibant e Bernard Stirn: “Esta situação tem desvantagens óbvias de fato. Poderia levar rapidamente a uma espécie de despotismo administrativo ou a Administração se tornaria poderosa e descontrolada. (...) Ela já não seria mais compatível com os princípios liberais que dominaram a Revolução, incluindo o respeito aos direitos humanos. Não foi por outro motivo que tal instituição se deu sob o regime liderado por um homem de perfil autoritário como Napoleão, mediante a criação uma jurisdição especial para controlar a Administração. A Administração, já então forte, precisava ser controlada, mas não pelos órgãos jurisdicionais, donde, então, a consequência lógica de se criar um tribunal especial encarregado deste controle” (*Le Droit Administratif Français*, cit., 7ª ed., p. 31 – tradução livre). No original: “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 puissance 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”.

24. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdicção*, cit., p. 281.

25. Idem, p. 273.

26. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., p. 24.

A crítica talvez mais antiga – e certamente a mais embasada – à tese de 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,²⁷ publicado quando tinha apenas 25 anos, o administrativista italiano defende que seria equivocado relacionar o advento desse ramo do Direito à afirmação do Estado de Direito.²⁸ Sua tese vai 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”.²⁹

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 destas críticas veio de Gustavo Binbenbojm, no livro que se originou de sua tese de Doutorado.³⁰ 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, visando à permanência e à reprodução do seu viés autoritário. Diz, de maneira contundente, o administrativista fluminense que “a associação da gênese do direito administrativo ao advento

27. Refiro-me ao seu *Profili Storici della Scienza del Diritto Amministrativo*, publicado inicialmente em 1940 em uma publicação denominada *Annali d'un Ateneo*. Afortunadamente, o texto foi republicado em 1973, pela Giuffrè – publicação agora compulsada e que deveria ser de leitura obrigatória para quem se propõe a estudar o direito administrativo (Massimo Severo Giannini, “Profili storici della scienza del diritto amministrativo”, cit., *Quaderni Fiorentini: per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 2, pp. 179-274. Esta publicação contém um adendo que, por si só, vale a leitura – pp. 263-274).

28. Para uma síntese das razões trazidas por Massimo Severo Giannini em respaldo à sua tese, v. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, cit., 2ª ed., pp. 23-24.

29. Massimo Severo Giannini, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., p. 34 (tradução livre).

30. Gustavo Binbenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, cit., 2ª ed., 2008.

do Estado de Direito pós-revolucionário um discurso de razões (...). O surgimento de práticas jurídicas peculiares...

Malgrado a crítica dos autores, não creio que o direito administrativo seja um poder extroverso. A crítica de Ariño Ortiz ao poder, do conflito de poderes, toda a sua construção também resultante dos movimentos do século XIX, mormente, no âmbito do direito, tinham clareza de consequente, da identidade, porque esses abusos do poder são a consequência de submetimento das vontades correntes da vontade

31. Idem, p. 11

32. Diz o jurista administrativo es como y la sociedad; esto se (toda la teoría de las r tivo responde a ello: planteamientos presu historia del derecho a derecho de las inmun historia de la defensa sus derechos). El der supremacia o de la ga Ortiz, *Lecciones de A*

33. Henry Bertl Rosseau, 1916, p. 2-

34. Em obra pr Revolução Francesa seu modelo de Admi

mente a mais embasada – à
mento do direito administra-
de Direito é a desenvolvida,
mo Severo Giannini. Desde
ando tinha apenas 25 anos,
ria equivocado relacionar o
o do Estado de Direito.²⁸ Sua
sua obra, e é assim sinteti-
origem do direito adminis-
t, e incompreensível, seria a
do de Direito'. É nitidamen-
grupo anglo-americano são
ministrativo. Igual juízo vem
mento à adoção do princípio

as críticas à associação entre
to (e seus vetores legalidade
ente destas críticas veio de
ou de sua tese de Doutora-
ministrativo não decorre de um
(e, portanto, não é um veí-
de um movimento de repo-
ncia e à reprodução do seu
e, o administrativista flumi-
) administrativo ao advento

enza del Diritto Amministrativo,
denominada *Annali d'un Ateneo*.
pela Giuffrè – publicação agora
para quem se propõe a estudar o
'Profili storici della scienza del
' *la Storia del Pensiero Giuridico*
ntém um adendo que, por si só,

Massimo Severo Giannini em
ministrativo em Evolução, cit., 2^a

Amministrativo, cit., p. 34 (tra-

) *Administrativo. Direitos Fun-*
2^a ed., 2008.

do Estado de Direito e do princípio da separação de Poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica 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".³¹

Malgrado a consistência das críticas e o respeito tributado a seus autores, não cremos que se possa negar a relação entre o surgimento do direito administrativo e o esforço por delimitar o exercício do poder extroverso. Antes, compartilhamos com o 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.³² Em grande medida, toda a sua construção histórica traz esta tensão, e, por conseguinte, é também resultante da tentativa de contenção desse poder, originada nos movimentos revolucionários do final do século XVIII e início do século XIX, momento de afirmação do Estado Moderno.³³ Evidentemente, no âmbito destes processos, os setores que ascendiam ao poder tinham clareza dos riscos da desmedida do poder extroverso e, por conseguinte, da importância de coartá-lo. E a tinham em grande medida, porque esses setores vinham de sofrer as consequências dos abusos do poder das Monarquias absolutas e possuíam clara a importância de submeter tal poder a comandos gerais e universais, não decorrentes da vontade pessoal do seu detentor.³⁴

31. Idem, p. 11.

32. 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 presupostarios 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" (Gaspar Ariño Ortiz, *Lecciones de Administración y Políticas Públicas*. Madrid, JusTel, 2011, p. 34).

33. Henry Berthélemy, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 8^a ed., Paris, Rosseau, 1916, p. 2.

34. Em obra preciosa dedicada exatamente a expor a influência do ideário da Revolução Francesa no modelo político e administrativo da França (inclusive para o seu modelo de Administração Pública, que influenciará toda a construção do direito

Note-se que não se está a dizer nem que as normas regentes da atividade administrativa só vão surgir nesse período,³⁵ nem que a limitação e o controle 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 regramentos gerais e abstratos emitidos pelo Parlamento e de permitir a conferência da legitimidade das manifestações concretas deste poder pela plena possibilidade de cotejo com aquelas prescrições legais tem o nítido condão de oferecer limites e parâmetros contra o abuso e a concentração do poder. Prende-se – parece-nos incontroverso – ao vetor de proteção das liberdades dos privados.³⁶

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,³⁷ Odete Medauar cuida de demonstrar não serem as oposições apresentadas pelo administrativista italiano bastantes para negar este vínculo. Após

administrativo europeu continental), Pierre Rosanvallon expõe esse movimento (que designa como “de corte liberal”) na primeira fase da Revolução Francesa. Diz o autor: “O Estado de Direito dos homens de 1789 tem uma dimensão obviamente ‘liberal’. A lei aparece como ‘garantia da liberdade’, para retomar uma expressão cunhada em sede da Assembleia Nacional. ‘A lei – dizia Talleyrand – nada mais é que a própria liberdade’. O Estado de Direito é na verdade a antítese da arbitrariedade. As fórmulas clássicas de Montesquieu sobre este ponto estão na cabeça de todos, e o despotismo é estigmatizado como um tipo de regime ‘sem lei e sem regra, premido pela vontade e capricho do déspota’. Dito de outra forma, o despotismo é equiparado ao poder da idiossincrasia (a ‘boa vontade’ do príncipe como arbitrária), enquanto a liberdade é garantida pela generalidade da regra: generalidade de origem (produção parlamentar); generalidade como forma (natureza impessoal da norma) e generalidade como método geral de administração (o Estado)” (*Le Modèle Politique Français*, Paris, Éditions Du Seuil, 2004, p. 85 – tradução livre).

35. Carlos Ari Sunfeld, *Fundamentos de Direito Público*, cit., 5ª ed., 5ª tir., pp. 29 e ss.; Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. 2, Milão, Giuffrè, 1970, pp. 3-32.

36. “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 controle do poder pelos seus destinatários” (Carlos Ari Sunfeld, *Fundamentos de Direito Público*, cit., 5ª ed., 5ª tir., p. 35).

37. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, cit., 2ª ed., pp. 23-24.

sintetizar os fundamentos da demonstração existia disciplina concebível tratar de direitos (*potestas*) e a relação de direito ao Estado de Direito existia de um modo que não calha dizer que o Estado de Direito inglês –, pois, no que é discutível que no Estado de Direito o direito regente da atividade administrativa é bastante diverso por fim, (iv) o redimensionamento do direito administrativo como instrumento para demonstrar que o direito administrativo é absolutamente indistinto

Daí a precisão do Direito – com a sua natureza (legalidade) e sancionatória, requisito essencial para o conceito que concebemos hoje

Embora a necessidade de contextualização da lei e ao respeito de seu caráter normativo de afirmação do direito administrativo e efetivação do poder

14.2.1 Ruptura e 1

Temos, portanto, a mesma acepção de concretas entre Es

38. Idem, ibidem

as normas regentes da período,³⁵ nem que a li- tornar a ação adminis- . Porém, sem dúvida, o o poder a regramentos de permitir a conferên- retas deste poder pela rescrições legais tem o os contra o abuso e a os incontestado – ao

Massimo Severo Giannini surgimento do direito o Estado Moderno e de obra seminal,³⁷ Odete posições apresentadasugar este vínculo. Após

expõe esse movimento (que olução Francesa. Diz o au- limensão obviamente 'libe- ar uma expressão cunhada – nada mais é que a própria arbitrariedade. As fórmulas a de todos, e o despotismo :gra, premido pela vontade é equiparado ao poder da a), enquanto a liberdade é m (produção parlamentar); generalidade como méto- z *Français*, Paris, Éditions

úblico, cit., 5ª ed., 5ª tir., ivo, vol. 2. Milão, Giuffrè,

ue os sujeitos incumbidos as aos outros, passando a ormas jurídicas cuja fina- cia, o controle do poder s de *Direito Público*, cit.,

volução, cit., 2ª ed., pp.

sintetizar os fundamentos da tese de Massimo Severo Giannini, a professora demonstra que (i) não procede falar que já no Estado de Polí- cia existia disciplina jurídica da relação indivíduo/Estado, por não ser concebível tratar como disciplina jurídica regramentos que só fixem direitos (*potestas*) a uma das partes e sujeições à outra; (ii) a introdu- ção 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 pressupostos dele; (iii) não calha dizer que o vínculo inexista 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 inexista 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 admi- nistrativo como indicativo do Estado de Direito não seria suficiente para demonstrar que Estado de Direito e direito administrativo sejam 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 (legalidade) e sancionada externamente ao Executivo – é fator propí- cio, requisito mesmo, para existir um direito administrativo tal como o concebemos hoje.³⁸

Embora apresentado como um ramo do Direito que surge da ne- cessidade de contenção, limitação e subordinação do poder político à lei e ao respeito desta, é fato que o direito administrativo, no seu iti- nerário de afirmação baseado no paradigma bipolar, vai se distancian- do deste prisma e vai passando a se assentar muito mais na ideia de efetivação do poder.

14.2.1 Ruptura e tradição com o passado

Temos, portanto, que o direito administrativo, na sua contempo- rânea acepção de ramo do Direito voltado a disciplinar as relações concretas entre Estado e particulares, é legatário do processo de uni-

38. Idem, ibidem.

versalização da legalidade e de superação das imunidades do poder aos limites e controles ditados pelo Direito. O que não significa dizer – longe disso – que esse ramo jurídico não absorverá e incrementará os instrumentos e fundamentos do poder no regime anterior, o Estado de Polícia. Nem poderá significar que, ao longo do seu processo de construção e afirmação, o administrativismo não vá se afastando do seu viés garantista e assecuratório da liberdade, para ir gradualmente se configurando 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 havia na Europa estruturas administrativas consolidadas. Tratava-se de uma burocracia no geral³⁹ não profissional, no sentido weberiano, mas em grande medida organizada em torno do rei e que 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 coartadas. Privilégios eram outorgados, muita vez em caráter de exclusividade. Tudo com grande margem de discricção ou arbítrio, mas nem por isso desprovido de efetividade.

Essa experiência toda será 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 incontrastável por definição) e a utilidade dos instrumentos permanecerão. Uma vez mais nas palavras 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’; esta é a substância do evento que foi importante, porque marcou a introdução de um novo tipo de Estado, no qual de pronto seguiram transformações constitucionais, mas conservou o tipo estrutural então absorvido, sempre aperfeiçoado”.⁴⁰

No embate entre a tradição autoritária e os câmbios liberais, emancipatórios e garantistas, a primeira irá prevalecer sobre o segundo, sem

39. Com exceção de alguns Cantões Suíços ou alguns governos locais mais estruturados.

40. Massimo Severo Giannini, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., p. 31 (tradução livre).

erradicá-lo. Vários fatores autoritários. Do porcia revolucionária fra circunstância de que estrutura administrativa êxitos do processo de do, o fato de que a Fr praticamente todos os Fácil perceber, portan novo modelo de Esta eficiente, coesa e não pecessem o pleno exe o fato de que, molda tratativa, já de origem estrutura hierárquica.

Daí ser apenas p direito administrativo luto. Também é a exj o polo da autoridade moldando-o mais co direito de contenção

E a esta trajetóri responderá um *desle* vertente *ex parte po*

14.3 Distintos enfo

Há duas maneis delas toma por base organização internas concretude a suas fu

41. Guy Braibant t p. 29.

42. Moldada no p mais predominante que

43. Massimo Sevi *Corso di Diritto Ammin*

erradicá-lo. Vários fatores vão colaborar para esta 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.⁴¹ Segundo, o fato de que a França pós-revolucionária logo terá que enfrentar praticamente todos os reinos europeus em uma guerra de restauração. Fácil perceber, portanto, o quão relevante será 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 empecessem o pleno exercício de suas funções. Agregue-se a isso, ainda, o fato de que, moldada em tempos de guerra, essa estrutura administrativa, já de origem monárquica absolutista, houve de mimetizar a estrutura hierárquica, concentrada e rígida de matiz militar.⁴²

Daí ser apenas parcialmente correto ligar o matiz autoritário do direito administrativo exclusivamente à sua herança do Estado Absolutismo. Também é a experiência do Estado Moderno que vai reforçando o polo da autoridade, sempre em detrimento do polo das liberdades, moldando-o mais como um direito de efetivação do poder do que um direito de contenção do exercício da autoridade.

E a esta trajetória – digamos assim – de inflexão autoritária⁴³ corresponderá um *deslocamento do eixo da função para a estrutura*, da vertente *ex parte populi* para a vertente *ex parte principis*.

14.3 Distintos enfoques para o direito administrativo

Há duas maneiras de se conceber o direito administrativo. Uma delas toma por base a *estrutura da Administração*, suas normas de organização internas, os instrumentos de que o Estado dispõe para dar concretude a suas funções, seus poderes e prerrogativas exorbitantes.

41. Guy Braibant e Bernard Stirn, *Le Droit Administratif Français*, cit., 7ª ed., p. 29.

42. Moldada no período napoleônico, não seria de se imaginar uma influência mais predominante que a do estamento militar.

43. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, cit., vol. 2, p. 35, e *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., pp. 38-39.

Outra tem por foco o *funcionamento do Estado*, suas obrigações e finalidades, os limites do poder que enfeixa, a responsabilidade estatal e os mecanismos postos à mercê dos indivíduos para conter e eventualmente reagir a exorbitâncias no exercício das prerrogativas estatais.⁴⁴ Estas duas abordagens, embora diferentes, não são necessariamente excludentes. Não determinam direitos administrativos distintos, mas, sim, ângulos de visão e de explicação sobre o mesmo objeto.

No primeiro caso trata-se de uma abordagem *ex parte principie*, concebendo o direito administrativo como o ramo do Direito voltado à análise interna do Estado-Administração. No segundo temos um enfoque *ex parte populi*, privilegiando a relação com os indivíduos, tomados como sujeitos e beneficiários da ação do Poder Político. No primeiro o vetor é a autoridade (e o arcabouço a ela associado). No segundo o vetor é a liberdade, em sua acepção mais ampla.⁴⁵

É verdade que uma vertente – digamos assim – *estrutural*, do direito administrativo não prescinde de abordar a interface da estrutura administrativa com os particulares que com ela travam relações jurídicas, as mais distintas. Igualmente, um enfoque *funcionalista* não dispensará verificar os instrumentos e os recursos que são aplicados nas relações travadas com os indivíduos. Ocorre que a opção por adotar uma ou outra abordagem não será neutra quanto ao que aqui inte-

44. "El derecho administrativo ha sido el instrumento de afirmación de la supremacía o de la garantía, según el predominio de las fuerzas en juego. Ello explica que el régimen jurídico-administrativo sea una mixtura de privilegios y sujeciones, de prerrogativa y carga" (Gaspar Ariño Ortiz, *Lecciones de Administración y Políticas Públicas*, cit., pp. 34-35).

45. Liberdade, essa, nas suas acepções passiva e ativa, que pressupõem respeito a direitos e suprimento de hipossuficiências correspondentes àquele plexo de direitos assegurados aos cidadãos. Vem neste sentido a feliz construção de Marçal Justen Filho, que apoia a própria definição do direito administrativo na noção de vinculação das estruturas e competências voltadas à *consagração de direitos fundamentais*. Neste sentido, irretorquível a passagem do seu raciocínio: "É fundamental eliminar o preconceito de que as organizações estatais possuem justificativas de existência em si mesmas. O Estado não existe para satisfazer as suas estruturas burocráticas internas, nem para realizar interesses exclusivos de alguma classe dominante (qualquer que ela seja). Nem é satisfatório aludir a concepções meramente formais, tais como 'interesse público', 'bem comum', e assim por diante. O direito administrativo (...) somente se justifica como instrumento para realização dos direitos fundamentais, que são decorrência da afirmação da dignidade humana" (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 70).

ressa: focar o direito a ensejar a efetivação assegurar a prevalências que justificam

É desafiante, ser pela vertente *ex parte* centro da análise. Em decorrência de um madiante, não é menos quente o enfoque pelo estudar os diversos tendemos sempre a t direito dos comuns, civil rege a relação e pre o indivíduo part tivo – como, de rest envolve partes, por

Logo, os admigens focando no qu dar mais atenção à características de s possuem em face d mos ser o direito a face do poder, mu

46. Quando nos identificando automaticamente, da mesma forma que a liberdade. O que co da autoridade posta oposição entre o exer no qual a autoridade somente poderá fazê- centes ao exercício d

47. Entendido como uma manifestação de estar sujeito a um abstrato a capacidade de resultados supost *cipi di Diritto Ammi*

o, suas obrigações e responsabilidades estatais para conter e eventuais prerrogativas estas, não são necessariamente administrativos distintos, e sobre o mesmo objeto.

tem *ex parte principis*, como do Direito voltado ao segundo temos um não com os indivíduos, do Poder Político. No a ela associado). No mais ampla.⁴⁵

assim – *estrutural*, do a interface da estrutura e ela travam relações que *funcionalista* não os que são aplicados e que a opção por adiantando ao que aqui inte-

to de afirmación de la su-
rzas en juego. Ello explica
privilegios y sujeciones, de
Administración y Políticas

va, que pressupõem respei-
entes àquele plexo de direi-
onstrução de Marçal Justen
ivo na noção de vinculação
direitos fundamentais. Nes-
É fundamental eliminar o
ficativas de existência em
struturas burocráticas inter-
lasse dominante (qualquer
amente formais, tais como
direito administrativo (...)
direitos fundamentais, que
so de Direito Administrativo

ressa: focar o direito administrativo como um ramo jurídico voltado a ensejar a efetivação da *autoridade* (prevalência da estrutura) ou a assegurar a prevalência da *liberdade* (delimitação da função, das finalidades que justificam a existência do poder político).⁴⁶

É desafiante, sempre, enfrentar temas de direito administrativo pela vertente *ex parte populi*, tentando colocar os indivíduos como centro da análise. Embora entendamos o direito administrativo como decorrência de um movimento de contenção do poder, como veremos adiante, não é menos verdade que no direito público é bem mais frequente o enfoque pelo viés da autoridade, da exorbitância. Em suma: ao estudar os diversos institutos integrantes do direito administrativo tendemos sempre a tomar o ângulo da autoridade em contraste com o direito dos comuns, dos iguais. É natural que assim seja. Se o direito civil rege a relação entre os iguais, o enfoque do seu estudo será sempre o indivíduo partícipe de relações jurídicas. No direito administrativo – como, de resto, no direito público em geral – a relação jurídica envolve partes, por definição, desiguais.

Logo, os administrativistas tendemos a construir nossas abordagens focando no que é diferente, distintivo, exorbitante. E tendemos a dar mais atenção à sobressalência da autoridade (prerrogativas) e às características de sua estrutura do que às garantias que os privados possuem em face desse poder extroverso.⁴⁷ Ou seja: embora acreditemos ser o direito administrativo fruto das garantias do indivíduo em face do poder, muitas vezes constatamos que o modelo teórico do

46. Quando nos referimos a prevalência queremos deixar claro que não se está identificando automaticamente estrutura com autoridade e função com liberdade. A prevalência da estrutura, por exemplo, não necessariamente corresponde à autoridade, da mesma forma que pela função a autoridade pode se manifestar até mesmo mais que a liberdade. O que pretendemos ressaltar é a contraposição entre o caráter estático da autoridade posta na estrutura da Administração em face do caráter dinâmico de oposição entre o exercício desta autoridade no âmbito da função pública, no âmbito no qual a autoridade ora e vez cede em favor da liberdade e quando deva prevalecer somente poderá fazê-lo se isso se mostrar justificado em face das finalidades subjacentes ao exercício da função.

47. Entendido como aquele poder incontestável que tem por fundamento não uma manifestação volitiva de participar de uma relação de poder, mas a circunstância de estar sujeito a uma relação de prerrogativa que confere ao detentor desse poder abstrato a capacidade de impor obrigações de forma unilateral, com vistas à obtenção de resultados supostamente benéficos a todos. Nesse sentido, v. Renato Alessi. *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. 1. Milão, Giuffrè, 1996, p. 282.

direito administrativo o faz se aproximar de um direito próprio ao exercício do poder. Daí a se transformar um direito a serviço do poder é um átimo.⁴⁸

Doutro lado, quando estudamos a relação do direito público com o mundo privado vemos as duas esferas como distintas, como polos claramente separados.⁴⁹ Daí por que até mesmo importantes abordagens sobre o uso do direito privado pela Administração,⁵⁰ ou mesmo da fuga para o direito privado,⁵¹ por exemplo, tratam os privados,⁵² e o direito que lhes é próprio, como uma dimensão estranha ao direito administrativo.

14.3.1 O movimento de inclinação “pro autoritatis”

Em muito influenciada pela experiência francesa, a construção do direito administrativo, que terá lugar a partir do século XIX, focará predominantemente na estrutura da Administração e nos instrumentos à sua mercê. Entre os polos da liberdade e da autoridade, o direito administrativo, no seu devir, acaba por pender para a autoridade, faz prevalecer o viés estrutural.⁵³ Ao pretender se diferenciar do direito comum (especialmente nos Países que adotam a dualidade de jurisdição,

48. Para uma radiografia precisa desse processo, v. Sabino Cassese, “Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1/31, Milão, 2002.

49. Para uma análise crítica impressionantemente atual da dicotomia, v. Léon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4ª ed., Paris, E. de Boccard, 1923, pp. 41-45.

50. De que é exemplo a obra seminal de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Do Direito Privado na Administração Pública*, cit., especialmente no que tange aos critérios de distinção entre os dois ramos jurídicos (pp. 23 e ss.).

51. Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado*, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2009.

52. Fazemos nossas as palavras de Massimo Severo Giannini: “Em toda esta matéria, ‘privado’ tem o sentido convencional que compreende o cidadão pessoa física, em alguns casos o estrangeiro e o apátrida, a pessoa jurídica privada, os entes públicos enquanto Estado e o Estado enquanto ente público” (*Diritto Amministrativo*, cit., vol. 2, p. 527). No original: “In tutta questa materia, ‘privato’ ha un senso convenzionale, comprensivo del cittadino persona fisica, in certi casi dello straniero e dell’apolide, della persona giuridica privata, dell’ente pubblico in quanto assogettato allo Stato, e perfino dello Stato in quanto assogettato a un ente pubblico”).

53. Massimo Severo Giannini, *Corso di Diritto Amministrativo*, cit., p. 38.

premidos pelo administrativo nistração, ora e seu regime. Co rente à liberd deste, que ori âmbito do Est

Ademais, um maior co exercício, ma: exorbitantes) lidade, unifor peso ao poder uma lei marc: a uma legalid lei – nos dize

Diferente não se origina junto de norr

54. “Daí e raízes, não resis duos e, por isso posta como imp um direito diret pregnado de um materiais, de se transpessoal” (t jourd’hui et de qu’il est justem droit exorbitant généralisation, l’instar des autr la liberté, mais : la liberté, en ve sement transpe nistration Cont

55. Eduar come diritto st: 1960.

56. Odete p. 44.

um direito próprio ao
serviço do poder

o direito público com
distintas, como polos
importantes aborda-
ção,⁵⁰ ou mesmo
atarem os privados,⁵²
ão estranha ao direito

tatis”

cesa, a construção do
século XIX, focará
e nos instrumentos
autoridade, o direito
ara a autoridade, faz
iferenciar do direito
alidade de jurisdição,

ino Cassese, “Le trasfor-
”, *Rivista Trimestrale di*

il da dicotomia, v. Léon
de Bocard, 1923, pp.

a Zanella Di Pietro, *Do*
ite no que tange aos cri-
).

ivado, 2ª ed., Coimbra,

Giannini: “Em toda esta
ide o cidadão pessoa fí-
rídica privada, os entes
Diritto Amministrativo,
ivato’ ha un senso con-
ti casi dello straniero e
co in quanto assogettato
te pubblico”).

strativo, cit., p. 38.

premidos pelo desafio da especialização de competências), o direito administrativo ora apoia sua referência na estrutura do Estado-Administração, ora enfoca os instrumentos de autoridade, a exorbitância do seu regime. Com isso, vai se distanciando da função garantística inerente à liberdade, de limitação do poder, controlador do exercício deste, que originalmente deveria caracterizar este ramo jurídico no âmbito do Estado de Direito.⁵⁴

Ademais, a ideia de um direito especial (não caracterizado por um maior controle ou uma preocupação reforçada em limitar seu exercício, mas cuja especialidade reside no manejo de prerrogativas exorbitantes) vai contrariar exatamente aquele pressuposto de generalidade, uniformidade e universalidade do Direito como freio e contrapeso ao poder extroverso. Aquela intenção dos “Homens de 1789”, de 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.⁵⁵

Diferentemente de outros ramos jurídicos, o direito administrativo não se origina e estrutura em torno de uma lei, um código ou um conjunto de normas positivas.⁵⁶ Ao contrário do direito civil, do direito

54. “Daí em diante, a lei administrativa hoje em dia, e já desde suas próprias raízes, não resistiria a um critério kantiano, pois derogatório dos direitos dos indivíduos e, por isso, de muito especial generalização, insuscetível de generalização, imposta como imperativo categórico. Não é, como outros ramos do direito público (...) um direito diretamente instrumentalizado para a liberdade, mas sim um direito impregnado de uma supremacia geral sobre a liberdade em virtude de suas finalidades materiais, de seus objetivos, o que significa que este é um direito rigorosamente transpessoal” (tradução livre). No original: “Dès lors, le droit administratif d’aujourd’hui et de puisses 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 à dire qu’il s’agit d’un droit rigoureusement transpersonnel” (Eduardo García de Enterría, *Revolução Française et Administration Contemporaine*, Paris, Economica, 1986, p. 22).

55. Eduardo García de Enterría, “Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 10/331-332, Milão, 1960.

56. Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 44.

penal, dos ramos do direito processual, do direito comercial,⁵⁷ o direito administrativo, mesmo nos Países de tradição romanística, vai se construir 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 positivação tardia.

Muitos autores procuram demarcar o surgimento do direito administrativo pela Lei 28 do Pluviose, 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.⁵⁸ Mas tal marco não pode servir mais do que como uma curiosidade histórica, pois mesmo no Direito Francês o desenvolvimento do direito administrativo vai ser impulsionado por princípios e institutos de construção doutrinária e jurisprudencial, a partir das decisões do Conselho de Estado daquele País.⁵⁹ Se formos pensar no conteúdo do que irá compor o que entendemos por direito administrativo, somos obrigados a concordar que este ramo do Direito é, em grande medida, fruto e continuidade do processo de reconfiguração política inaugurado com o declínio do Feudalismo e a concentração do poder no Absolutismo.⁶⁰ De resto, muitos dos institutos que são aproveitados pelo administrativismo são trazidos, ainda

57. E, posteriormente, do direito do trabalho e outros segmentos mais específicos, como consumidor, ambiental, eleitoral.

58. Maurice Hauriou lembra: "O poder administrativo foi criado, o Judiciário foi minimizado. Este novo estado de coisas foi consagrado pela Constituição de 22 Frimaire Ano VIII e pela Lei de Organização Administrativa de 28 Pluviose Ano VIII, que foi justamente chamada de Constituição administrativa da França" (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, 10ª ed., Paris, Sirey, 1921, p. 3 – tradução livre). No original: "Le pouvoir administratif fut rehaussé, 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".

59. Prosper Weil e Dominique Pouyaud: "Por mais de dois séculos, desde a mudança de regime, o Conselho de Estado tem sido uma instituição que tem marcado a vida francesa e sem a qual o direito administrativo não seria o que é" (*Le Droit Administratif*, cit., 22ª ed., p. 94 – tradução livre). No original: "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".

60. Cf. Eduardo García de Enterría, *Révolution Française et Administration Contemporaine*, cit., p. 25.

que reconfiguram o modelo organizacional.

Efetivamente, no caso brasileiro, os institutos do direito administrativo pressupostos do

O que vai ser o ramo jurídico de disposição:

61. O exemplo poderiam ser listados – já tivemos o cargo de Professor de Direito Administrativo – a concessão de direito administrativo.

62. Como base da tese da ruptura estritamente normativa para que aquela realidade se realizasse, dizia respeito aos institutos. A Administração, ed., p. 21). A essência, cit., p. 41; Maria Paula Dal Saraiva, 2002, p.

63. Nesse sentido, o datário da premissa básica o primeiro um ramo do direito e conceitos pela própria prática processo ou instituição concessão, que, é ensinar leis disciplina de um conjunto de normas que sustentam o objeto de estudo mesmo ao legislativo dominante (sobre Belo Horizonte).

direito comercial,⁵⁷ o direito de propriedade romanística, vai se tratar de relação jurídica: a respeito disso, podemos dizer que na administração é um ramo do

surgimento do direito administrativo, editada por Napoleão no Código Francês, para disciplinar a administração do Estado. Este ramo não pode servir mais a função do mesmo no Direito Francês. O direito administrativo vai ser impulsionado pela doutrina e jurisprudência, do mesmo País.⁵⁹ Se for o caso de entendermos por concordar que este ramo do direito administrativo é uma continuidade do processo de reconfiguração do Feudalismo e a respeito do resto, muitos dos institutos são trazidos, ainda

outros segmentos mais especí-

o direito administrativo foi criado, o Judiciário foi criado pela Constituição de 22 de setembro de 1791, Pluviose Ano VIII. "Précis de la Constitution de la France" (Paris, Sirey, 1921, p. 3 – traité rehaussé, le Pouvoir Judiciaire de la Constitution du 22 frimaire de l'An VIII que se trouve dans la France".

nos últimos dois séculos, desde a criação da instituição que tem marcado a história não seria o que é" (Le Droit administratif original: "Traversant depuis l'origine de l'État est une institution qui constitue le droit administratif ne

Française et Administration

que reconfigurados, do antigo regime.⁶¹ Por fim, temos que ter em mente que o marco positivo da lei francesa de 1800 era exclusivamente organizacional, muito pouco tratando da relação Estado/indivíduo.⁶²

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 determinando limites e pressupostos da atuação da Administração.⁶³

O que vai definir, originalmente, o direito administrativo como ramo jurídico autônomo será seu objeto: a prescrição de um conjunto de disposições (como dito, nem sempre positivadas) que afastam ou

61. 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 – já tivemos a oportunidade de demonstrar, no nosso *A Concessão como Instituto do Direito Administrativo* (tese apresentada ao concurso para provimento do cargo de Professor Titular, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2013) –, a própria concessão é trazida do antigo regime, sendo reconfigurada nos quadrantes do direito administrativo moderno.

62. 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*, cit., 2ª ed., p. 21). A esse respeito, v. também: Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, cit., p. 41; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., p. 4; e Maria Paula Dallari Bucci, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 42.

63. Nesse sentido, não deixa de ser curioso que o direito administrativo, cunhado a partir 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, por manifestações jurisdicionais e pela própria prática administrativa do que em prescrições legais disciplinando cada processo ou instituto. Tal constatação vai se mostrar patente no âmbito do instituto da concessão, que, embora manejado desde os primórdios do direito administrativo, vai ensejar 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 seja "pré-constitucional, exógeno, objeto de estudo de direito administrativo" – o que seria suficiente para impedir até mesmo ao legislador de dar ao instituto configurações que discrepem da doutrina dominante (sobre isso, v. Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira, *Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, p. 169).

derrogam 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, sua estrutura e o exercício de suas funções em face dos indivíduos. Constituirá, em suma, seu objeto o conjunto de regras disciplinadoras das relações jurídicas especiais envolvendo parcela do Estado (Administração Pública) com os indivíduos.

Qualquer que seja o critério adotado para definir a incidência do regime jurídico de direito público (por exemplo, as relações de soberania da Escola Institucional ou a prestação de serviço público da Escola de Bordeaux), a demarcação do campo de atuação do direito administrativo remeterá às relações entre o Estado-Administração e os indivíduos, seja como sujeitos ao poder soberano, seja como beneficiários das atividades prestacionais do Poder Público. Enfim, qualquer que seja a explicação (fator de legitimação) para a especialidade do regime jurídico (ou, se quisermos, para sua excepcionalidade em face do direito comum), característica do direito administrativo será reger as prerrogativas ou condicionantes da Administração em suas relações jurídicas com os particulares ou, residualmente, com outros entes públicos.

Retomando o antes aludido, se em um primeiro momento esse regime especial tem por objeto caracterizar um conjunto de regras protetivas do cidadão, oferecendo certa contenção para o exercício do poder, com o crescimento dos campos de atuação da Administração este regime especial de direito administrativo irá assumir a função de instrumentalizar, tornar possível e efetiva, a atuação administrativa. O direito administrativo se deslocará, 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. Estes 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 corrativos em detrimento da Administração (a Administração é tração) deve perseguir individualmente. administrativo, da - no entender de cidadão (portador de *sudditanza* ("s

Vale notar q soberano ou de un *sovano legibus* : favor da consecução comum. ou, se q grado na lei. Porém geral fixa apenas sempre àquele q quem detém a co onde reside, aque da autoridade.

Com o cresci o aumento de co mais o comando gens de liberdade lateral o que seja uma adstrição ma

64. Sabino Cas *mestrale di Diritto P.* inizia una fase nuov portanza e si stablisc pubblici o si valgono Ma hano un ruolo pas termine 'amministrat considerate come ent unilaterali e imperat Amministrazioni è s non può essere lascia la presenza, nel diritt

65. Aldo Sandu

comum para disciplinar relação Administração. Ou seja: tem função jurídica da Administração e suas funções em face dos objeto o conjunto de regras gerais envolvendo parcela dos indivíduos.

para definir a incidência do exemplo, as relações de subordinação de serviço público da tempo de atuação do direito o Estado-Administração e soberano, seja como beneplacitum Poder Público. Enfim, qualificação) para a especialidade e sua excepcionalidade em direito administrativo será a Administração em suas funções residualmente, com outros

no primeiro momento esse é um conjunto de regras de subordinação para o exercício do poder de atuação da Administração que não irá assumir a função de controle administrativo. O papel de garantia e um papel garantista das funções de viabilização,

Sabino Cassese, para quem a Administração Pública estabelece vínculos diretos com os serviços públicos ou com a administração pública. Superior ao de cidadão, passível. Consequentemente a Administração como entidade superior,

que pode agir como autoridade e assim com atos unilaterais ou imperativos em detrimento dos cidadãos. Esta 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. Deste modo vem explicada a presença, no direito administrativo, das regras derogatórias do direito comum.⁶⁴ Viria daí – no entender de Sabino 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 deste deslocamento não vai se dar em favor do soberano ou de uma retomada do Absolutismo naquela perspectiva de *sovano legibus solutus*, a que aludia Aldo Sandulli.⁶⁵ Vai se dar 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 poderes de autoridade em geral fixa apenas finalidades gerais a serem perseguidas, competirá sempre àquele que recebe a parcela de poder extroverso (ou seja, 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 tornará aberto, franqueador de largas margens de liberdade para a Administração agir, elegendo de forma unilateral o que seja o interesse público a ser efetivado em concreto. Sem uma adstricção maior ao comando legal (crescentemente aberto e dúctil),

64. Sabino Cassese, “Il cittadino e l’Amministrazione Pubblica”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1/1.018, Milão, 1998. No original: “3. Con 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 mercè di singoli cittadini. In questo modo viene spiegata la presenza, nel diritto amministrativo, di regole derogatorie al diritto comune”.

65. Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., 10ª ed., p. 19.

e com crescentes atribuições de poderes, a Administração se torna apta a manejar a autoridade de maneira quase que totalmente livre. Em nome do interesse público, os direitos dos privados cedem. E esse interesse público, diante de múltiplas e conflitivas situações e em face da crescente indeterminação da lei, acabará por ser aquele identificado pelo agente competente. A trajetória do direito administrativo, neste contexto, irá fortalecer a estrutura, enfraquecendo o caráter de garantia em favor da efetividade da autoridade.⁶⁶

Nesse processo, o direito administrativo vai se tornando um ramo jurídico autorreferenciado no Estado-Administração. Se inicialmente 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 Mello⁶⁷), com o tempo o direito administrativo passa a ser o ramo jurídico voltado a disciplinar a estrutura da Administração como promotora do interesse público. Se inicialmente se tratava de disciplinar a ação estatal para proteger os indivíduos, com o tempo o direito administrativo se torna o direito da Administração.

Há uma migração de eixo de uma vertente protetiva *ex parte populi* para uma vertente *ex parte princeps*. Deixa-se em segundo plano sua função de assegurar a liberdade e se passa a privilegiar seu papel como instrumento para viabilizar o exercício da autoridade.

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.

66. Tal constatação foi bem captada pelo Min. Humberto Gomes de Barros, que, em precioso acórdão, versando sobre uma questão de asseguramento da posse de candidato vencedor 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” (STJ, REsp 6.518-RJ – 1990/00012592-8 – rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16.9.1991).

67. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., p. 47.

nia, de poder extroverso de delimitação das fronteiras na liberdade Institucional, podemos o ramo voltado a tornar lado, sendo o ramo vo desses poderes em det pode ter com a vertente nistrativo pode ser vis estatal de oferecer aos bém pode ser concebido vilégios estatais em fac

Mas, paralelamente a evolução Francesa isso a estrutura burocrática a supor a ensejar o exercício a configuração de comp corpo de princípios e re funcionamento e (iii) c tituir o que chamamos conteúdo será alterado áreas de atuação e as fi tidade será construído e da exorbitância das relação aos particulare

Variarão, como vi ser adotada a soberania rice Hauriou⁶⁸ à frente;

68. A Escola Institucional depreender que o direito ad sem a qual seria impossível *puissance publique*, elemento. Segundo Maurice Hauriou “poder administrativo enca gestão dos serviços público *cis de Droit Administratif* e bito dessa Escola (também teoria da instituição e a noç *to Administrativo em Evolu*

eres, a Administração se torna
ira quase que totalmente livre.
tos dos privados cedem. E esse
conflitivas situações e em face
abará por ser aquele identifica-
ória do direito administrativo,
ra, enfraquecendo o caráter de
toridade.⁶⁶

rativo vai se tornando um ramo
Administração. Se inicialmente
a atuação estatal e proteger a
trusão arbitrária ou exagerada
nsivo do cidadão” de que nos
7), com o tempo o direito ad-
o voltado a disciplinar a estru-
a do interesse público. Se ini-
ação estatal para proteger os
nistrativo se torna o direito da

vertente protetiva *ex parte po-*
e. Deixa-se em segundo plano
e passa a privilegiar seu papel
cício da autoridade.

er que a vertente prestacional,
viço Público, perde força para
m torno da noção de sobera-

Min. Humberto Gomes de Barros,
testão de asseguramento da posse de
ico, resumiu com grande felicidade
um outro: o do primado dos interes-
erigido em preceito maior do direi-
exageros e deformações. Assim, os
onstantemente confundidos com os
stulado, vítima de solertes fraudes.
aram e se desenvolveram o Fascis-
sp 6.518-RJ - 1990/00012592-8 -
1).

so de *Direito Administrativo*, cit.,

nia, de poder extroverso. Tanto uma como outra, distintas pelo critério
de delimitação das fronteiras do direito administrativo, podem se re-
ferenciar na liberdade ou na autoridade. De uma vertente da 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 admi-
nistrativo pode ser visto tanto como o ramo que trata da obrigação
estatal de oferecer aos cidadãos utilidades prestacionais como tam-
bém pode ser concebido tal qual o direito voltado a lidar com os pri-
vilégios estatais em face da prestação destes serviços.

Mas, paralelamente – e no Estado napoleônico que sucede a Re-
volução Francesa isso é muito claro –, passa-se a construir uma estru-
tura burocrática a suportar a atuação desse Estado e, por conseguinte,
a ensejar o exercício deste poder. Essa crescentemente complexa
configuração de competências, órgãos, entes e agentes demanda um
corpo de princípios e regras que discipline (i) sua organização, (ii) seu
funcionamento e (iii) os limites de sua atuação. Esse corpo vai consti-
tuir o que chamamos de “direito administrativo”. É certo que seu
conteúdo será alterado e ampliado conforme vão sendo alargadas as
áreas de atuação e as finalidades atendidas. Mas o núcleo de sua iden-
tidade será construído a partir da ideia de exceção ao direito comum
e da exorbitância das prerrogativas asseguradas à Administração em
relação aos particulares.

Variarão, como visto, os fundamentos dessa exorbitância. Poderá
ser adotada a soberania na explicação da Escola de Toulouse, com Mau-
rice Hauriou⁶⁸ à frente; poderá se apoiar na ideia de oferta de utilidades

68. A Escola Institucional parte de uma análise de teoria geral do Estado – para
depreender que o direito administrativo corresponde a uma medida de força legítima,
sem a qual seria impossível a satisfação das finalidades públicas. Esta força seria a
puissance publique, elemento caracterizador e sistematizador do direito administrati-
vo. 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” (*Pré-
cis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, cit., 10ª ed., pp. 8-9). No âm-
bito dessa Escola (também denominada Escola do Poder Público) foram elaboradas a
teoria da instituição e a noção de regime administrativo (cf. Odete Medauar, *O Direi-
to Administrativo em Evolução*, cit., 2ª ed., p. 37).

fruíveis, na acepção da Escola do Serviço Público de Bordeaux,⁶⁹ ou, ainda, na ideia de interesse público rejeitada pelos autores franceses⁷⁰

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 cumpra com os deveres os quais lhe foram cometidos. Ainda hoje a *puissance publique* é tida como meio de ação administrativa – ação, esta, marcadamente unilateral, vertical e exorbitante (cf. Jean Rivero e Jean Waline, *Droit Administratif*, 13ª ed., Paris, Dalloz, 2000, p. 11). Contudo, é inegável que a construção da Escola Institucional, ao associar Administração e poder de império, tem uma preocupação grande em limitar sua expansão. É, portanto, uma vertente com grande preocupação com a contenção e a limitação desse poder. Sobre esta visão protetiva do indivíduo, v. Marcel Waline, *L'Individualisme et le Droit*, 2ª ed., Paris, Domat Montchrestien, 1949, pp. 46 e ss.

69. A Escola do Serviço Público, ou Escola de Bordeaux, surge 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*. Nesta linha doutrinária, 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: “Também o direito administrativo se adapta: Maurice Hauriou descobre o ‘trabalho administrativo’ e, mais tarde, também Léon Duguit teoriza o ‘Estado de Colaboração’ e dissolve o mistério de um Estado em relacionamento muito concreto entre governantes e governados. O Estado perde sua conformação tradicional e se converte em um simples ‘grupo de trabalho’” (Luca Mannori e Bernardo Sordi, *Storia del Diritto Amministrativo*, 3ª ed., Roma/Bari, Laterza, 2004, p. 421 – tradução livre). No original: “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’”.

Ainda que tenha um viés utilitário e funcionalista, não se pode negar que a construção da Escola do Serviço Público vai propiciar uma expansão dos campos de atuação estatal, bastando para isso que se criem serviços públicos, suprimindo segmentos da vida social ou econômica do domínio privado (e, portanto, do direito comum). Vertente que será depois alargada e desenvolvida por Gaston Jèze (*Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1949, especialmente pp. 284 e ss.), para quem o núcleo do que devam ser os serviços públicos dependerá exclusivamente de uma decisão política; e, por conseguinte, as fronteiras do Estado-Administração não eram ditadas externamente ao Estado, mas, sim, dependeriam dos limites que este mesmo quisesse estabelecer para si.

70. 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,

mas presente nos auto-
século passado e ainda

Qualquer que seja
a caracterização do dir-
tância. Dupla exorbitâ-
direito privado, a rege-
ticipa, e exorbitância n-
prerrogativas, privilég-
direitos dos indivíduos
mente menores, a cede-
pre que com ela se co-
lei (em sentido amplo)

Tem-se, então, a
dois polos (ou, se qu-
haveria de ser o garan-
na o direito da efetivi-
estrutura da Administra-
outras palavras: entre
para a autoridade, ser

14.3.2 O direito adm

Em que pese à te-
levando o papel da a-
concebido sem consi-
travam relações, hori-
nal, se as relações j-
aquelas que têm em t-
que apenas em uma
estará também um ei

“se tratava de critério ex-
cação pouco firmes” (*Nat*
1968, p. 294).

71. Renato Alessi, *J*
72. V., por todos, *M*
resse Público, São Paulo

73. Isso ocorrerá no
grama regidos pela Lei 1

Público de Bordeaux,⁶⁹ ou, a pelos autores franceses⁷⁰

cional tem um vínculo de ordem a *puissance publique* (cuja tradução seria o mecanismo dos quais lhe foram cometidos, de ação administrativa – ação, cf. Jean Rivero e Jean Waline, 1). Contudo, é inegável que a administração e poder de império. É, portanto, uma vertente com desse poder. Sobre esta visão *lisme et le Droit*, 2ª ed., Paris,

Bordeaux, surge na França no atrapõe-se à Escola Institucional apreensão da teoria do direito noção de *serviço público*, em ia, o que justificaria a atuação s em benefício da sociedade, o direito administrativo. Uma corresponde à quebra da ins- antes da Escola Institucional: Hauriou descobre o ‘trabalho za o ‘Estado de Colaboração’ muito concreto entre gover- tradicional e se converte em rdo Sordi, *Storia del Diritto* l – tradução livre). No origi- e Hauriou scopre il ‘lavoro o-Collaborazione’ e dissolve a governanti e governati. Lo mplice ‘grupo che lavora’”. t, não se pode negar que a na expansão dos campos de públicos, suprindo segmen- ortanto, do direito comum). aston Jêze (*Los Principios* palma, 1949, especialmente erviços públicos dependerá te, as fronteiras do Estado- lo, mas, sim, dependeriam

e Mello traz alusão ao fato e do direito administrativo, al”, pois, segundo o autor,

mas presente nos autores italianos⁷¹ e forte na doutrina brasileira do século passado e ainda hoje.⁷²

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 estas regras especiais conferem prerrogativas, privilégios, predominância do Poder Público sobre os direitos dos indivíduos. Estes direitos serão tratados como presumidamente menores, a ceder lugar às prerrogativas da Administração sempre que com ela se contrastarem, observados apenas os limites que a lei (em sentido amplo) impuser ao exercício daqueles poderes.

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

14.3.2 O direito administrativo visto pelo ângulo do indivíduo

Em que pese à tendência de construirmos nossas abordagens relevando o papel da autoridade, o direito administrativo não pode ser concebido sem considerar a esfera das pessoas físicas ou jurídicas que travam relações, horizontais ou verticais, com o Poder Público. Afinal, se as relações jurídicas regidas pelo direito administrativo são aquelas que têm em um dos polos a Administração Pública, verdade é que apenas em uma quantidade ínfima destas relações no outro polo estará também um ente estatal.⁷³ Daí podermos afirmar que o direito

“se tratava de critério excessivamente lato e, por conseguinte, de utilidade e de aplicação pouco firmes” (*Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, Ed. RT, 1968, p. 294).

71. Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, cit., vol. 1, pp. 199-209.

72. V., por todos, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (org.), *Supremacia do Interesse Público*, São Paulo, Atlas, 2010.

73. Isso ocorrerá nos pactos interfederativos, a exemplo dos contratos de programa regidos pela Lei 11.107/2005, bem como nos convênios entre entes públicos.

administrativo se caracteriza como o ramo do Direito em que estão contidas regras para disciplinar as relações entre o poder extroverso estatal e os privados.⁷⁴ O exercício do poder estatal se dá por meio de relações com os particulares. Relações de autoridade, relações negociais, relações de parceria ou relações de atribuição de direitos e obrigações, por exemplo. Todas reguladas pelo direito administrativo.

Por isso, mais que um direito da autoridade, o direito administrativo deve ser entendido como composto por um conjunto de normas voltadas a disciplinar, além das relações intra-administrativas, as relações entre a pessoa jurídica Estado (seus órgãos, agentes e entes personificados no exercício das funções próprias à Administração) e os particulares, sejam pessoas físicas (indivíduos), sejam pessoas jurídicas.⁷⁵ No âmbito do direito administrativo estão compreendidas, além de relações de sujeição, verticais, também relações não marcadas pelos traços da supremacia – é dizer: relações baseadas no consenso, na composição de interesses.

O Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, não prescinde dos privados para realizar seus objetivos. Trata-se de uma interdependência inescapável, pois para o cumprimento de suas funções o Poder Público recorre permanentemente a relações jurídicas estatutárias⁷⁶ (como se verifica com os agentes públicos ou políticos) ou contratuais (tomando-se, aqui, “contratos” em acepção ampla, a compreender os contratos de satisfação, de delegação ou de cooperação).

Ou seja: inexistente função estatal que não envolva em alguma medida o concurso necessário dos particulares para ser efetivada. A separação entre o campo da Administração e o campo de atuação dos particulares é meramente teórica, diz com os limites e condicionantes

Mas estas relações, malgrado sua importância, são muito menos frequentes do que aquelas que cotidianamente envolvem a Administração e os particulares.

74. “O direito público é o conjunto das regras de Direito que se aplicam ao Estado e, na nossa doutrina, aos governos e aos seus agentes, nas suas relações entre si e com os particulares” (Léon Duguit, *Fundamentos do Direito*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 57).

75. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Madri, Civitas/Thompson Reuters, 2011, p. 54.

76. Utilizo o termo, aqui, como sinônimo de decorrente da Constituição ou da lei (o que alcança também os agentes públicos), e não apenas para reportar o Estatuto dos Funcionários Públicos.

ditados pelo Direito. Contudo, ainda, por particulares (instrumentais), delegações do Estado-Administração a participação de privados.

E, como lembra, trata-se, desde tempos imemoriais, de relações públicas.⁷⁷ Daí, portanto, as regras de direito em relação com os particulares da função pública e, a

Entre nós, Oswaldo Aranha, asseverava que, “os serviços de inteligência são necessários à consecução de seus agentes, mas a eles não interessa, isto é, no interesse do Estado”.⁷⁸ A formulação é clara: o interesse particular (particulares em regime de participação) não reza algo óbvio, mas

77. São suas palavras: “Os serviços de inteligência são necessários à consecução de seus agentes, mas a eles não interessa, isto é, no interesse do Estado”. (Gaspar A. *Administraciones Públicas*, t. 1, p. 100).

78. E completava o pensamento: “Os serviços de inteligência são necessários à consecução de seus agentes, mas a eles não interessa, isto é, no interesse do Estado”. (Gaspar A. *Administraciones Públicas*, t. 1, p. 100). Os serviços levados a efeito e no seu interesse, e consuetudinária, a que são imputados. Não empreender diretamente os executam em nome dele, mas são atribuídos como próprios dos particulares apenas os executam. O Estado velar pelo modo de executar. Esses particulares são conhecidos como “particulares em regime de participação”. (Aranha Bandeira de Mello, *Revista de Direito Público* 19/12, São Paulo, Ed.

ditados pelo Direito. Cumpridas por agentes públicos ou políticos ou, ainda, por particulares mediante vínculo contratual – de satisfação (instrumentais), delegação ou colaboração (cooperação) –, as obrigações do Estado-Administração só podem ser efetivadas, portanto, com a participação de privados, pessoas físicas ou jurídicas.

E, como lembra Gaspar Ariño Ortiz, a técnica contratual mostra-se, desde tempos imemoriais, essencial na consecução de necessidades públicas.⁷⁷ Daí se poder dizer que mesmo na perspectiva estrutural as regras de direito administrativo têm por foco disciplinar a relação com os particulares, que servem de instrumento para exercício da função pública e, assim, das finalidades do Estado.

Entre nós, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, há mais de 40 anos, asseverava que, “em virtude de o Estado ser desprovido de atributos de inteligência e vontade, a realização das atividades necessárias à consecução de seu fim é confiada a indivíduos, considerados seus agentes, mas a ela imputadas, pois são praticadas em seu nome e interesse, isto é, no interesse coletivo, seu escopo especial e exclusivo”.⁷⁸ A formulação é duplamente útil ao presente, pois, além de indicar que o interesse público é consumado pela ação de indivíduos (particulares em regime estatutário ou contratual), demarca com clareza algo óbvio, mas por vezes olvidado: que os escopos do Estado-

77. São suas palavras: “Quiere todo ello decir que en las distintas épocas, en los distintos momentos históricos, la satisfacción de determinadas necesidades públicas se logrará mediante la técnica contractual y ésta será calificada como administrativa o como civil, según la importancia política del sector, de la operación o actividad de que se trate” (Gaspar Ariño Ortiz, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, t. 1, Granada, Comares, 2002, p. 32).

78. E completava o publicista paulista: “Atinge, pois, o Estado, em regra, o seu fim diretamente por agentes públicos, no cumprimento das respectivas atribuições. Os serviços levados a efeito de tal modo são executados em nome do Poder Público, e no seu interesse, e considerados, por consequência, próprios à pessoa coletiva política, a que são imputados. Entretanto, há serviços que o Estado, muitas vezes, prefere não empreender diretamente, e então delega o seu cumprimento aos particulares, que os executam em nome deles (particulares) e no seu interesse, devendo-lhes, portanto, ser atribuídos como próprios. Porém, como tais serviços são de caráter público e os particulares apenas os exercem em virtude de delegação da Administração, cabe ao Estado velar pelo modo do seu exercício, salvaguardando o interesse da coletividade. Esses particulares são considerados órgãos indiretos da atividade do Estado” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “Natureza jurídica da concessão de serviço público”, *RDP* 19/12, São Paulo, Ed. RT, 1972).

-Administração (que constituem deveres perante os indivíduos) só podem ser executados com o concurso de privados. Ou seja: a atuação do Estado é realizada por intermédio de indivíduos que compõem a coletividade, estabelecendo para tanto relações jurídicas específicas e particulares que dotam esses indivíduos de um *status* distinto do dos demais membros da sociedade.

Outrossim, toda manifestação do poder estatal, independentemente do agente que a implemente, envolverá sempre uma interface com os privados, sejam indivíduos, sejam pessoas jurídicas. Quaisquer que sejam o conteúdo ou o vetor da ação da Administração Pública, ela sempre se exercerá em face de algum privado. Condicionará, delimitará ou sacrificará direitos dos particulares. Oferecerá prestações, utilidades públicas. Assegurará o respeito ou a consagração de direitos fundamentais. É dizer: qualquer manifestação da Administração Pública colherá direitos ou interesses dos particulares. E alcançará estes de forma desuniforme, resultando alguns particulares beneficiários e outros tolhidos em seus direitos ou liberdades. O poder administrativo não se exerce no éter. Qualquer que seja sua manifestação, constrictiva ou consagrada de direitos, a atuação administrativa estará produzindo efeitos (desuniformes, insisto) em qualquer projeção da esfera dos direitos dos privados.

Segue, então, a importância de se entender e estudar o direito administrativo também a partir de sua vertente funcional, olhando para as finalidades e consequências do agir administrativo não somente no âmbito interno ao Estado (estrutura da Administração), mas também no âmbito da sociedade e dos plexos de direitos enfeixados pelos particulares (função da Administração). E nesta abordagem – digamos – funcional é fundamental recolocar o indivíduo (nas suas relações com o poder estatal) como destinatário e ator principal do direito administrativo.

14.4 A importância do indivíduo para o direito administrativo

Como vimos, no contexto do que estamos a designar de “paradigma bipolar” o indivíduo vai perdendo importância na construção do direito administrativo ao longo dos últimos 200 anos que medeiam a consolidação do Estado Liberal e seu corolário Estado de Direito até

os dias de hoje assegurar um f do Estado, con ele cometidas t tado e o direito da liberdade p:

Mesmo ei direito admini prestação dos indivíduos), o individualmer sentada como

Se na sua nistrativo pret exercidos em públicas – ne seja para obs liberdades e transformado ços públicos do Estado, cu um interesse trastável, sup

79. Este p “A Revolução corpos interne dão; o Impéri caz, concebido capitalismo, q amortecer as t muito especifi da sociedade e aparece como (O Estado Pó: p. 26).

80. Em t dernidad, la fi rés público. I intereses indi el actuar de la

nte os indivíduos) só os. Ou seja: a atuação dos que compõem a jurídicas específicas e *status* distinto do dos

estatal, independente- empre uma interface das jurídicas. Quais- a Administração Pú- privado. Condiciona- ticulares. Oferecerá deito ou a consagra- manifestação da Ad- dos particulares. E alguns particulares liberdades. O poder e seja sua manifes- uação administrati- isto) em qualquer

e estudar o direito funcional, olhando trativo não somen- lministração), mas direitos enfeixados esta abordagem – indivíduo (nas suas ator principal do

Administrativo

gnar de “paradig- na construção do s que medeiam a do de Direito até

os dias de hoje. Se a ideia central do Estado de Direito passava por assegurar um feixe de mecanismos de proteção do indivíduo em face do Estado, com a evolução deste e com o incremento das funções a ele cometidas o indivíduo foi perdendo proeminência em face do Estado e o direito administrativo foi se deslocando do polo da *proteção* da liberdade para o da *efetivação* da autoridade.

Mesmo em uma vertente utilitária, prestacional, que concebe o direito administrativo como o ramo jurídico voltado à organização e à prestação dos serviços públicos (oferecidos ao público, fruíveis pelos indivíduos), o destinatário da atuação estatal deixa de ser o cidadão individualmente tomado e passa a ser uma abstração totalizante apresentada como o *interesse público*, o *bem comum*, a *coletividade*.⁷⁹

Se na sua concepção original de direito-garantia o direito administrativo pretendia colocar o cidadão como titular de direitos a serem exercidos em face do Estado (seja para exigir prestações – utilidades públicas – necessárias à consagração dos seus direitos fundamentais, seja para obstar à intrusão estatal abusiva e ao cerceamento de suas liberdades e direitos subjetivos), com o tempo esse indivíduo será transformado em destinatário passivo, beneficiário, usuário dos serviços públicos e como detentor de direitos menores, inoponíveis à ação do Estado, cujo agir estará presumidamente voltado à consecução de um interesse público tão genérico e abstrato quanto superior, incontestável, supremo.⁸⁰

79. Este processo é brilhantemente captado e resumido por Jacques Chevallier: “A Revolução de 1789, que encerra a obra dos monarcas fazendo da supressão dos corpos intermediários a garantia da formação de uma comunidade política de cidadãos; o Império, que implantou um aparelho administrativo coerente, rigoroso e eficaz, concebido sob o modelo militar; enfim, as condições do desenvolvimento do capitalismo, que se apoiará sobre o Estado para criar o quadro de sua expansão e amortecer as tensões sociais sucessivas. Ao final dessas etapas, um modelo estatal muito específico se cristalizou: dotado de uma forte autonomia em relação ao resto da sociedade e investido de funções extensas que atestam sua supremacia, o Estado aparece como a chave de abóbada da sociedade e o garante da identidade coletiva” (*O Estado Pós-Moderno*, trad. de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 26).

80. Em texto publicado anteriormente, pude expor: “En el itinerario de la Modernidad, la figura del príncipe da lugar a una entidad más diáfana, la figura del interés público. Por esta concepción, habría siempre un interés mayor, distinto de los intereses individuales, una razón superior que a un mismo tiempo autoriza y justifica el actuar de la Administración Pública. Como ella siempre persigue el interés público

Sintomática, neste sentido, é a passagem terminológica. O indivíduo vai gradualmente deixando de ser tratado no âmbito do direito administrativo como cidadão (o que remete a um polo detentor de direitos subjetivos em face ao Estado) e passa a ser considerado ou administrado (sujeito passivo da sujeição ao poder estatal) ou usuário (beneficiário passivo de um provimento administrativo).

Obviamente, não se está a dizer, aqui, que o móvel da ação estatal tenha de ser o indivíduo isoladamente tomado, ou que a Administração não tivesse, desde a origem, que perseguir interesses transcendentes dos individuais, que não estivesse obrigada a buscar desígnios gerais da coletividade. O que se está a ressaltar é a crescente perda de importância do indivíduo em face do Estado-Administração e a crescente autonomia do Poder Público em relação à sociedade. O processo de consolidação do Estado ao longo do século XIX e especialmente do século XX fará com que o aparato administrativo se torne autônomo; mais ainda, que a ação estatal (por conseguinte, a atuação da Administração Pública) possa ser considerada ontologicamente superior a qualquer resistência da sociedade ou dos indivíduos que a integram. Mormente com o advento do Estado Intervencionista e com o crescimento da esfera de atuação estatal haverá um fortalecimento da autoridade e um reforço da sua predominância em face da sociedade.

A prevalência da autoridade estatal *a priori* vai reforçar a identificação do direito administrativo como vetor de efetivação da autoridade

(fórmula que independe de su contenido), siempre deberá el actuar administrativo sobrepasar los intereses – presumiblemente menores – de los administrados con quien se confronta. La noción de interés público cumple entonces una triple función: (i) ella sirve de límite al Poder Público, que sólo puede actuar cuando identifica y explicita un interés público a ser perseguido con su acto (función de delimitación); (ii) ella sirve para justificar al administrado la intervención estatal en su esfera de derechos, pues finalmente eso (el sacrificio o el condicionamiento de un derecho suyo) es hecho en beneficio de toda la colectividad, de la cual el individuo también es parte y, por tanto, beneficiario de la acción pública (función justificadora); y, por último, (iii) cumple un papel operacional, pues, como el contenido del interés público es abierto (ya que se trata de un concepto dúctil), él confiere un margen de maniobra para el detentador del poder, legitimado que estará para intervenir en la esfera privada siempre que consiga demostrar que eso es necesario para consagrar una finalidad de interés colectivo por él elegida como relevante (función operacional)” (Florianio de Azevedo Marques Neto, “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”, in J. M. De La Cuétera, José Luiz Martínez López-Muniz e Francisco J. Villar Rojas, *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, Madrid, La Ley, 2011, p. 1.082).

em detrimento de seu um direito de promoção do que estes interesses em detrimento dos direitos individuais interesses tutelados pelos interesses dos indivíduos

Isso fará com que dado na bipolaridade indivíduo (administra sempre de forma absoluta função pública, a Administração particulares (indivíduo relação que se admite *a priori*, qualquer interesse, subalterno em interesse público (direito a soma dos interesses:

Por outro lado, e em face da sociedade ação estatal, em cada momento possível para invariavelmente uma cada manifestação de ato administrativo com interesse público ver sujeição destes àque

81. Maria João Est

82. Prova disso é a existência de lide, preter estatal. Para haver lide te tes e devem ser consider Sobre o tema, v.: Odete São Paulo, Ed. RT, 2008 tivo, 3ª ed., São Paulo, M Bacellar Filho, *Reflexõe*

83. A esse respeito rato (orgs.), *Estudos sc Fórum*, 2011, p. 15.

84. Não pretendo não, do princípio da st

terminológica. O indivíduo no âmbito do direito é a um polo detentor de (essa a ser considerado ou poder estatal) ou usuário (administrativo).

o móvel da ação estatal, ou que a Administração interesses transcendentes a buscar desígnios é a crescente perda de Administração e a crescente sociedade. O processo do XIX e especialmente administrativo se torne autônomo seguinte, a atuação da ontologicamente superiores indivíduos que a intervençãoista e com o um fortalecimento da em face da sociedade. vai reforçar a identificação da autoridade

á el actuar administrativo los administrados con quien ces una triple función: (i) cuando identifica y explicación de delimitación); (ii) estatal en su esfera de derecho de un derecho suyo) es individuo también es parte y. adora); y, por último, (iii) interés público es abierto gen de maniobra para el en la esfera privada siempr da de un equilibrio entre Martínez López-Muniz e ración Económica: Líber 32).

em detrimento de seu papel de instrumento de proteção da liberdade, um direito de promoção dos interesses supostamente gerais (presumindo que estes interesses são sempre facilmente identificáveis) em detrimento dos direitos individuais;⁸¹ um direito de privilégio em favor dos interesses tutelados pelo Estado e dos interesses do Estado em relação aos interesses dos indivíduos quando não tratados de forma coletiva.

Isso fará com que por muito tempo o direito administrativo moldado na bipolaridade rejeite tratar da relação isolada Poder Público/ indivíduo (administrado). O indivíduo é considerado, nesta acepção, sempre de forma abstrata, supraindividual. Quando, no exercício de função pública, a Administração esbarra em interesses ou direitos de particulares (indivíduos, grupos, organizações empresariais), a única relação que se admite é a de derrogação, sujeição, supremacia. Afinal, *a priori*, qualquer interesse ou direito do indivíduo será, presumidamente, subalterno em face da ação estatal necessária para consagrar o interesse público (dimensão supostamente mais densa e superior que a soma dos interesses individuais encontráveis na sociedade).⁸²

Por outro lado, essa construção – que leva à autonomia do Estado em face da sociedade – só fará sentido se acreditarmos que em cada ação estatal, em cada ato da Administração, haverá um único provimento possível para consumir o interesse público. Esse interesse seria invariavelmente uno (singular, incindível) e único (exclusivo) em cada manifestação do poder extroverso⁸³ – o que nos levaria ao direito administrativo construído especificamente com base na oposição interesse público *versus* interesses privados e de relações verticais de sujeição destes àquele.⁸⁴

81. Maria João Estorninho. *A Fuga para o Direito Privado*, cit., 2ª ed., p. 28.

82. Prova disso é a resistência à ideia de processo administrativo que pressupõe a existência de lide, pretensão resistida dos administrados em face da tutela do poder estatal. Para haver lide temos que aceitar que os interesses dos particulares são relevantes e devem ser considerados e confrontados para o exercício da função administrativa. Sobre o tema, v.: Odete Medauar, *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2008, p. 36; Adilson Dallari e Sérgio Ferraz, *Processo Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 31 e ss.; e também Romeu Felipe Bacellar Filho, *Reflexões sobre o Direito Administrativo*, cit., pp. 81-90.

83. A esse respeito, v. Floriano de Azevedo Marques Neto e Vitor Rhein Schirato (orgs.), *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 15.

84. Não pretendo, aqui, entrar no renhido debate em torno da existência, ou não, do princípio da supremacia do interesse público, pois que isso ampliaria em

Outrossim, o direito administrativo supostamente não contemplaria a existência de relações desuniformes entre particulares. Seja pela sua adstrição ao princípio da isonomia, seja em virtude da suposta emancipação do interesse público em face dos interesses privados, do exercício da função pública resultariam, sempre, efeitos uniformes sobre a esfera de direitos dos particulares. Ainda que de uma ação administrativa em concreto resultassem efeitos desuniformes (como no caso da desapropriação, ou de outro sacrifício de direito), o próprio agir administrativo já traria em si a neutralização desses efeitos, em especial mediante indenização do particular afetado (neutralização patrimonial) em razão da carga excessiva de poder que recaísse sobre sua propriedade.

O problema desta construção é que ela traz no seu bojo duas dimensões que, combinadas, são altamente perigosas: a absolutez e a abstração. Isso fica bastante patente quando tomamos por base a supremacia do interesse público, que, entre nós, respalda a formulação do chamado *regime jurídico-administrativo* (ou seja, o núcleo caracterizador do direito administrativo).⁸⁵

A ideia de supremacia nos remete a uma contraposição entre dois feixes de interesses, em que inevitavelmente um dos polos sempre prevalecerá. É uma relação absoluta, que demarca o caráter bipolar: o que é supremo é sempre portador de superioridade, presumida, plena. Neste sentido, pode-se dizer que a supremacia é própria do paradigma bipolar e é antípoda às ideias de ponderação, de modulação ou de sopesamento.⁸⁶ Estas envolvem avaliação em concreto de como cada

muito o objeto do trabalho. Para um aprofundamento, v., além dos meus já citados *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas* (em colaboração com Vitor Rhein Schirato) e *Regulação Estatal e Interesses Públicos*: Humberto Bergmann Ávila, *O Direito Público em Tempos de Crise*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999; Daniel Sarmento (org.), *Interesse Público Versus Interesse Privado*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, e "Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo", *RTDP* 26/115-136, São Paulo, Malheiros Editores, 1999; e Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, cit., 2ª ed.

85. Por todos, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., pp. 55-56.

86. Em que pese aos esforços mais recentes de alguns autores defensores da prevalência do princípio da supremacia. Tais defesas buscam temperar sua aplicação incorporando a possibilidade de modulações de sua incidência por força do princípio

feixe de
preende
seja poss

Já, e
preminé
temente
do que s
que a Ad
duais, sei
cularístic
uma noçã
mento ju

De c
aberta e a
alguma fe
forma pre

da proporci
trativo, cit.,
lidade não a

87. A
interesses: p
çado, então
interesse sei

88. Pre
formulação
Maria João

89. En
de modo ger
rísticamente
quer sujeito
face de outr
limitados sei
siva de direi
Administrati

90. "O
facilita em r
rídico-admin
elemento car
Pública utiliz
Manuel Sérv
in Jorge Mir
1979, pp. 662

tamente não contempla e particulares. Seja pela em virtude da suposta s interesses privados, do npre, efeitos uniformes Ainda que de uma ação os desuniformes (como cio de direito), o próprio ação desses efeitos, em afetado (neutralização poder que recaísse sobre

raz no seu bojo duas di- rrigosas: a absolutez e a tomamos por base a su- s, respalda a formulação ou seja, o núcleo carac-

contraposição entre dois e um dos polos sempre marca o caráter bipolar: o idade, presumida, plena. é própria do paradigma o, de modulação ou de concreto de como cada

v., além dos meus já citados (em colaboração com Vitor iblicos: Humberto Bergmann legre, Livraria do Advogado, us Interesse Privado, Rio de úblico e a 'personalização' do , Malheiros Editores, 1999; e ativo: Direitos Fundamentais,

lo, Curso de Direito Adminis-

alguns autores defensores da uscam temperar sua aplicação idência por força do princípio

feixe de interesses se manifesta diante de uma contraposição; compreende perquirição para identificar qual deverá predominar caso não seja possível um equilíbrio entre os interesses antagônicos.⁸⁷

Já, a supremacia envolve aceitar que um dos polos terá sempre preeminência, sobressalência, por ser, ontologicamente e independentemente de qualquer verificação contextual, portador de mais virtudes do que seu contraponto. O problema, por óbvio, não está em negar que a Administração deva perseguir sempre os interesses transindividuais, sendo-lhe, portanto, defeso agir para perseguir interesses particularísticos.⁸⁸ Contudo, preconizar a supremacia implica enxergar uma noção relacional absoluta, o que é incompatível com o ordenamento jurídico.⁸⁹

De outro lado, a noção de interesse público é indeterminada, aberta e abstrata. Podemos afirmar o que não é interesse público com alguma facilidade. Dificilmente, porém, conseguiremos defini-lo⁹⁰ de forma precisa, de tal sorte que seja sempre de fácil identificação qual

da proporcionalidade (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., p. 102). Não obstante, a consideração do dever de proporcionalidade não abranda o aspecto totalizante da noção de supremacia.

87. A professora Odete Medauar estabelece uma ordem de conformação dos interesses: primeiramente, tenta-se a harmonização; caso o equilíbrio não seja alcançado, então, por critérios de sopesamento, a autoridade administrativa decide qual interesse será contemplado no caso concreto.

88. Preferimos falar em *princípio da perseguição do interesse público* ou, na formulação dos administrativistas portugueses, da perseguição desses interesses (v. Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado*, cit., 2ª ed., pp. 168-173).

89. Enfocando o tema, Marçal Justen Filho sustenta que "não se pode afirmar, de modo generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida aprioristicamente em favor de algum titular de posição jurídica. Nem o Estado nem qualquer sujeito privado são titulares de posição jurídica absolutamente privilegiada em face de outrem. Todo e qualquer direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados sempre pelos direitos fundamentais. Nenhuma decisão administrativa ofensiva de direitos fundamentais pode ser reconhecida como válida" (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 115).

90. "O conceito de interesse público é daqueles cuja evidência intuitiva não facilita em muito a definição. Embora seja a ideia dominante de todas as normas jurídico-administrativas, ele não é, como observa Jean Rivero, aconselhável como elemento caracterizador do direito administrativo, visto que, quando a Administração Pública utiliza meios de direito privado, é ainda o interesse público a guiá-la" (José Manuel Sérvulo Correia, "Os princípios constitucionais da Administração Pública", in Jorge Miranda (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1979, pp. 662 e ss.).

seja tal interesse no cotejo entre as diferentes pautas e aspirações postas ao agir administrativo. O máximo que conseguiremos será bosquejar formulações genéricas do tipo: “interesse público é aquele pertencente a todos e cada um”, “é o interesse coletivo que transcende a soma dos interesses individuais”, ou, então, de forma um pouco mais sofisticada, mas ainda insuficiente, dizer que é “o conjunto de interesses detido por cada membro da coletividade por a ela pertencer”. Tais fórmulas, mesmo as mais elaboradas, não deixam de ser recursos retóricos que não elidem o fato de que tal noção é dúctil, vazia, genérica e abstrata. Um verdadeiro axioma,⁹¹ diante do qual, na impossibilidade de conhecer, há que acreditar.

Trata-se, pois, o interesse público, de conceito indeterminado.⁹² Não existe um, mas vários interesses públicos enredados em cada provimento da Administração.⁹³ Em uma mesma situação pode-se alocar o interesse público em vários polos diferentes, em vários feixes de interesses distintos. Diante da abstração e generalidade da fórmula “interesse público”, em última instância, sempre caberá àquele titular da competência para agir em concreto dizer, afinal, o que seja ou venha a ser o tal interesse público a ser consagrado (e, assim, predominar sobre todos os demais interesses a ele contrapostos).

Ligando os dois aspectos – a absolutez da supremacia e a indeterminação do interesse público –, teremos uma fórmula temerária por meio da qual se confere um peso abissal à autoridade e uma grande

91. Na feliz formulação de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, cit., p. 294.

92. “La ilusión de un interés público objetivo, mensurable, de aquello que es ‘lo mejor’ para todos, está cada vez más lejos de la realidad. Y no es fácil identificar lo que sea este inalcanzable ‘interés público’, por la específica razón de que no sólo no existe un solo ‘público’, sino porque existen muchos ‘públicos’. Y, por lo tanto, se hace difícil aceptar como indiscutible esa presunción de titularidad exclusiva del interés público de alguien que, de manera arcana y como por iluminación divina, nos puede decir a todos lo que más nos conviene” (Gaspar Ariño Ortiz, *Transparencia y Participación en la Administración Pública Española*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, p. 84).

93. Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto, “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”, in J. M. De La Cuétera, José Luiz Martínez López-Muniz e Francisco J. Villar Rojas, *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, pp. 1.077-1.103. V. também Marçal Justen Filho, “O direito administrativo do espetáculo”, in Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (orgs.), *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 79.

vulnerabilidade aos dir. Assim sendo, confere-se de exercer sua autoridade e ações da utilidade e ac e sem carecer de expoi devem ceder, bem com autonomia (verdadeira esfera dos interesses in

Ocorre que a atividade indiferentemente ao concurso dos particulares construído sobre a o direito administrativo resses. Afinal, a atuação conferência de direitos na necessidade de arbitrar direitos de particulares da função pública⁹⁶ delegatários ou colaboradores das públicas e na efetiv

Mais que considerar de delimitação da ação fundamental considerar não apenas relações de autoridade), mas também relação (eixo horizontal), de e do vínculo obrigac

94. Neste sentido, Marçal Justen Filho aludir a um conflito entre a proteção jurídica assegurada ao interesse público. Por um particular significa, de outros interesses, inclusive p

95. Floriano de Azevedo Marques Neto, “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”, in J. M. De La Cuétera, José Luiz Martínez López-Muniz e Francisco J. Villar Rojas, *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, pp. 1.077-1.103.

96. Cf. Eduardo García de Enterría, *Derecho Administrativo*, cit., 15^a ed.

97. A esse respeito, v. Marçal Justen Filho, *Direito Administrativo Consensual: Estudo dos Ac*

vulnerabilidade aos direitos individuais que se ponham em cotejo. Assim sendo, confere-se à estrutura da Administração a prerrogativa de exercer sua autoridade sem mesmo necessitar de grandes demonstrações da utilidade e adequação daquele agir em face das finalidades e sem carecer de expor por que os interesses privados contrapostos devem ceder, bem como em que medida – o que só faz aprofundar a autonomia (verdadeira indiferença) entre o manejo da autoridade e a esfera dos interesses individuais, dos direitos subjetivos.

Ocorre que a atividade administrativa não pode ser desempenhada indiferentemente aos direitos subjetivos,⁹⁴ muito menos sem o concurso dos particulares e sem tomar em conta seus interesses. Embora construído sobre a bipolaridade, desde sempre, e cada vez mais, o direito administrativo depende de mecanismos de interação de interesses. Afinal, a atuação concreta da Administração se traduz (i) na conferência de direitos que afetam desigualmente os indivíduos,⁹⁵ (ii) na necessidade de arbitrar, compor e mediar diferentes interesses e direitos de particulares afetados, direta ou indiretamente, pelo exercício da função pública⁹⁶ e (iii) no envolvimento dos particulares, como delegatários ou colaboradores do Poder Público, na oferta de utilidades públicas e na efetivação de direitos dos cidadãos.

Mais que considerar a dimensão dos particulares (como confins de delimitação da ação administrativa e como parte desta ação), é fundamental considerar que eles travam com o Estado-Administração não apenas relações de subordinação e acatamento (eixo vertical da autoridade), mas também inúmeras relações de cooperação e composição (eixo horizontal), marcadas, estas, pelo traço da consensualidade e do vínculo obrigacional.⁹⁷

94. Neste sentido, Marçal Justen Filho: "Somente em termos impróprios se poderia aludir a um conflito entre direito subjetivo e interesse público. Assim se passa porque a proteção jurídica assegurada ao direito subjetivo significa a sua tutela em face inclusive do interesse público. Portanto, a existência de um direito subjetivo reconhecido a um particular significa, de modo necessário e inafastável, a sua prevalência em face de outros interesses, inclusive públicos" (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 117).

95. Floriano de Azevedo Marques Neto, "La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado", in J. M. De La Cuétera, José Luiz Martínez López-Muniz e Francisco J. Villar Rojas, *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, cit., p. 1.086.

96. Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., 15ª ed., p. 53.

97. A esse respeito, v. Juliana Bonacorsi de Palma, *Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos Acordos Substitutivos nos Processos Administrativos San-*

Ou seja: o modelo teórico baseado no paradigma do direito administrativo bipolar acaba por ser confrontado, desde sempre, com a necessidade de se manejar interesses múltiplos enredados em torno da atuação administrativa. E a realidade que demanda, crescentemente, o envolvimento de particulares na consecução de finalidades públicas.

14.5 Os papéis do privado na consecução das finalidades públicas

Certo é que, no exercício de suas funções, a Administração trava com os privados vários tipos diferentes de relações jurídicas. O Estado-Administração – dissemos já anteriormente – cumpre suas finalidades firmando permanentemente relações jurídicas com os privados. Nestas relações os particulares assumem diferentes papéis, a depender da função administrativa exercida e das finalidades a ela atreladas.

14.5.1 O papel de “súdito”⁹⁸

O primeiro papel que podemos identificar é aquele que mais remete ao legado das origens absolutistas do Estado Moderno. Trata-se do papel que cumpre aos privados em face do poder extroverso, nas relações de submissão ao poder estatal. Duas características são pró-

cionadores, dissertação (Mestrado em Direito), São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010, pp. 81-90. V. também: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Poder, Estado e Direito*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 143, *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno, Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, pp. 36-38, e “Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro”, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral* 57/196-126, Rio de Janeiro, 2003; e Fernando Dias Menezes de Almeida, “Mecanismos de consenso no direito administrativo”, in Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (orgs.), *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, pp. 335-350.

98. Aqui, no sentido não propriamente de sujeito submetido à vontade de outrem (o que seria uma impropriedade), mas na acepção daquele que se põe em uma relação de subserviência ou deferência. O emprego desta designação se deve a duas razões. A primeira é deixar marcado que a relação de subordinação dos privados ao poder estatal segue o legado do período anterior, do Estado de Polícia, porém nos quadrantes do Direito. Em segundo lugar, para demarcar que, quando submetido ao poder extroverso em relações de sujeição geral, o administrado está subordinado às determinações da Administração, tal como os súditos perante o soberano, ainda que sob a disciplina própria ao Estado de Direito.

o no paradigma do direito adm-
 rontado, desde sempre, com a
 múltiplos enredados em torno da
 ue demanda, crescentemente, o
 ção de finalidades públicas.

ução

unções, a Administração trava
 de relações jurídicas. O Esta-
 ormente – cumpre suas finali-
 ões jurídicas com os privados.
 diferentes papéis, a depender
 finalidades a ela atreladas.

ntificar é aquele que mais re-
 do Estado Moderno. Trata-se
 ace do poder extroverso, nas
 Duas características são pró-

ão Paulo, Faculdade de Direito da
 iredo Moreira Neto, *Poder, Estado*
Quatro Paradigmas do Direito Ad-
lidade – Eficiência – Resultados,
 as tendências da democracia: con-
 o brasileiro”, *Revista de Direito da*
 2003; e Fernando Dias Menezes de
 ministrativo”, in Alexandre Santos
 rgs.), *Direito Administrativo e seus*
 , pp. 335-350.

ujeito submetido à vontade de ou-
 pção daquele que se põe em uma
 desta designação se deve a duas
 de subordinação dos privados ao
 do Estado de Polícia, porém nos
 ncarar que, quando submetido ao
 administrado está subordinado às
 tos perante o soberano, ainda que

prias ao papel do indivíduo, pessoa física ou jurídica, como súdito. A primeira é que ele participa desta relação independentemente de qual-quer vínculo especial ou manifestação de vontade. A segunda caracte-rística refere-se ao fato de que nela há uma posição de sujeição – de-corrente da Constituição ou da lei – do indivíduo ao poder.

O indivíduo, tomado como “súdito”, tem dever de acatamento aos comandos e atos da Administração, e em relação a eles possui direitos de ver respeitados certos limites e procedimentos do exercício da autoridade. É a relação típica da função de polícia ou de ordenação estatal.⁹⁹

14.5.2 O papel de beneficiário

Uma segunda posição que pode assumir o privado em face da Administração é a de beneficiário do exercício de funções públicas. Aqui se cuida do papel ocupado pelo indivíduo como titular de direi-tos subjetivos públicos.¹⁰⁰

Como decorrência dos direitos assegurados pela ordem jurídica e que impõem ao Poder Público deveres de prover políticas públicas, os indivíduos se assumem como beneficiários efetivos e potenciais dessas políticas. Aqui também os privados se relacionam com a Administra-ção independentemente de sua vontade ou de um vínculo específico. Cumprem o papel de beneficiários por integrarem a sociedade e esta-rem embaixo da soberania do Estado. É o que ocorre, entre nós, com diversos direitos fundamentais, como os direitos à saúde,¹⁰¹ à educa-

99. Este papel revela-se também em outras searas alheias ao direito adminis-trativo. Encontramos, por exemplo, esta relação do privado como súdito na relação de natureza tributária, na qual o papel que cabe ao particular (contribuinte) é o de contribuinte submetido ao poder estatal de exigir tributos.

100. “O direito subjetivo público é, por conseguinte – sob a perspectiva do ci-dadão –, o poder jurídico concedido ao particular, em virtude de direito público, de poder pedir ao Estado, para perseguição de interesses próprios, uma determinada conduta” (Hartmut Maurer, *Direito Administrativo Geral*, Barueri/SP, Manole, 2006, p. 175). Antes, também Fritz Fleiner havia seguido na mesma linha, sustentando que todo direito que um particular pode reclamar do Estado se considera com um direito subjetivo (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Labor, 1933, p. 139). V. também Massimo Severo Giannini, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 1981, pp. 255 e ss.

101. Art. 196 da CF.

ção,¹⁰² à cultura¹⁰³ ou ao meio ambiente.¹⁰⁴ Ao assegurar esses direitos, a Constituição, a um só tempo, impõe um dever ao Estado (v.g., aos entes federados, consoante suas competências constitucionais) e assegura aos indivíduos o direito de se beneficiarem das políticas públicas editadas para assegurar aqueles direitos fundamentais. Em relação a estas políticas o indivíduo assume uma posição de beneficiário.

Note-se, porém, que, embora todos sejam potencialmente beneficiários das funções administrativas voltadas a dar concretude àquelas políticas públicas, em regra estas políticas pressupõem alguma eletividade dos beneficiários, de maneira que se pode dizer que a atividade do Poder Público acaba por deferir desigualmente os benefícios decorrentes do exercício de suas funções. O que está longe de ser um desvio ou afronta, pois que o provimento desses direitos fundamentais pressupõe a tutela desuniforme em favor do suprimento das hipossuficiências.¹⁰⁵ O papel do indivíduo como beneficiário é aquele que se afirma na realização das funções públicas enredadas na formulação e na efetivação de políticas públicas.

14.5.3 O papel de cliente

O terceiro papel que cabe ao indivíduo na relação com a Administração é concernente à fruição de uma utilidade pública (bem, serviço, comodidade) que é oferecida por órgão ou ente público ou por terceiro que lhe faça as vezes. Aqui, temos o particular participando de uma relação econômica em que a Administração ocupa um dos polos, seja direta, seja indiretamente (no caso de atividades delegadas). Note-se que esta posição de cliente pode se manifestar em situação – como ocorre no âmbito dos serviços públicos de natureza econômica – em que o indivíduo esteja também no papel de beneficiário (na medida em que detentor de um direito subjetivo público de ter provida aquela sua necessidade de fruição de uma utilidade pública). Mas, afora ser beneficiário, o particular também será partícipe da re-

102. Art. 205 da CF.

103. Art. 215 da CF.

104. Art. 225 da CF.

105. Neste sentido, lapidar a decisão do STF na ADI 186, que consagrou a constitucionalidade da política de cotas nas universidades federais.

lação econômico-consumidor.¹⁰⁶

Com a as Estado-Admin em que a atua desempenhada p nestas situações se convolar na

Neste pap que contrata a bem produzid- micos privado tatis. Certo d laciona com submeter à or jurídica especi tação ou forne No mais das v

106. O que público um mero pecialmente quar público e de tutel ordens de debate: to administrativo usuário frente ao usuário de servi 5/133-138. Belo blico a consumid do porque manté a responsabilidac dos Serviços Públ tendimentos nas ca firmada na p natureza privada público, razão pe racterizar aquele autores, a prestaç tiva privada, é re se entra sob a i prestação de ser tal, é de natureza

107. Maria

lação econômica, cumprindo-lhe o papel de cliente ou, se quisermos, consumidor.¹⁰⁶

Com a assunção da exploração de atividades econômicas pelo Estado-Administração, serviços públicos ou não, crescem as relações em que a atuação estatal praticamente não se distingue daquela desempenhada por um particular partícipe de relações econômicas.¹⁰⁷ E nestas situações a relação entre Estado-Administração e indivíduo vai se convolar na relação jurídica própria às relações de consumo.

Neste papel estarão compreendidos desde o usuário individual que contrata a prestação de um serviço público ou a aquisição de um bem produzido por um ente da Administração até os agentes econômicos privados que travam relações comerciais com as empresas estatais. Certo deve estar que, no papel de cliente, o privado não se relaciona com o Estado-Administração pela circunstância de se submeter à ordem jurídica. Neste papel, o privado trava uma relação jurídica específica, tendo por objeto uma relação obrigacional de prestação ou fornecimento de uma utilidade de que ele, privado, necessita. No mais das vezes esta relação contraprestacional tem natureza eco-

106. O que nos coloca diante do intenso debate entre ser o utente de um serviço público um mero usuário ou também um consumidor. A diferença é significativa, especialmente quanto à determinação das normas de disciplina da prestação do serviço público e de tutela da ponta da relação: o cidadão. Tal não desconsidera, porém, outras ordens de debates, como a projeção do direito do consumidor sobre o campo do direito administrativo, pela afirmação dos direitos fundamentais ou pela qualificação do usuário frente ao Poder Público. Antônio Carlos Cintra do Amaral ("Distinção entre usuário de serviço público e consumidor", *Revista Brasileira de Direito Público* 5/133-138, Belo Horizonte, 2004) considera errôneo equiparar usuário de serviço público a consumidor, pois, na falta do serviço, o Poder Público pode ser responsabilizado porque mantém a titularidade do serviço público, enquanto na relação de consumo a responsabilidade do Estado não se aperfeiçoa. Alexandre Santos de Aragão (*Direito dos Serviços Públicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 517-518) categoriza os entendimentos nas seguintes teorias: (i) teoria privatista, segundo a qual a relação jurídica firmada na prestação de serviços públicos, notadamente quando delegados, é de natureza privada; (ii) teorias publicistas, pelas quais estas relações seriam de direito público, razão pela qual a expressão "usuário" se mostraria a mais adequada para caracterizar aquele que se beneficia do serviço público; e (iii) teorias mistas: "Para esses autores, a prestação dos serviços públicos, especificamente quando delegados à iniciativa privada, é regida em parte por um estatuto de regulamentação específica. Mas só se entra sob a incidência desse estatuto mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços entre dois particulares (usuários e concessionários), que, como tal, é de natureza civil em todos os aspectos que não contrariem a situação estatutária".

107. Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado*, cit., 2ª ed., p. 53.

Ao assegurar esses direitos, dever ao Estado (v.g., aos direitos constitucionais) e assegurar as políticas públicas fundamentais. Em relação à prestação de beneficiário.

am potencialmente beneficiários a dar concretude àquelas pressupõem alguma eletividade pode dizer que a atividade fundamentalmente os benefícios de que está longe de ser um simples direitos fundamentais o suprimento das hipossu- beneficiário é aquele que se enredadas na formulação e

o na relação com a Administração pública (bem, ser o usuário ou ente público ou por o particular participando Administração ocupa um dos aspectos de atividades delegadas se manifestar em situações públicas de natureza econômica no papel de beneficiário o subjetivo público de ter a utilidade pública). Também será partícipe da re-

na ADI 186, que consagrou a decisões federais.

nômica, envolvendo o pagamento pelo particular de um preço ou tarifa correspondente à unidade fruída. É esse o papel que cabe aos particulares predominantemente no âmbito da atividade estatal de serviço público e de atuação direta no domínio econômico.

14.5.4 O papel de parceiro

Chegamos, então, ao quarto papel que os privados têm em suas relações com a Administração, justamente aquele mais relevante para o presente trabalho. Trata-se da relação de parceria entre os privados e o Estado-Administração. Nela temos os particulares atuando como parceiros do Estado para ensejar a consecução de suas finalidades. Podem existir infinitas modalidades de parceria, que vão desde os instrumentos jurídicos de direito público até o recurso aos instrumentos de direito privado. Podem envolver parcerias em que os particulares atuam com o objetivo de explorar uma atividade econômica (como sói acontecer nos contratos de delegação) ou, então, quando agem sem interesse econômico direto (caso dos contratos de cooperação¹⁰⁸).

O essencial nesse tipo de relação é que o particular dela participe pelo fato de, no exercício de sua autonomia de vontade, ter decidido contratar com o Estado-Administração. Aqui a relação não deriva de uma situação direta de subordinação ao ordenamento jurídico ou do exercício de um direito que, aprioristicamente, lhe é assegurado pela ordem jurídica. Embora possa haver – e no mais das vezes haja – alguma verticalidade nestas relações de emparceiramento (por exemplo, com a remanência de poderes contratuais exorbitantes por parte do Poder Público), o liame de parceria pressupõe (i) convergência de interesses entre a Administração e o privado e (ii) decisão de ambos de efetivar esses interesses comuns ou convergentes por intermédio de um arranjo jurídico.¹⁰⁹

108. Em linha semelhante, Fernando Dias Menezes de Almeida classifica os ajustes travados pela Administração Pública com os particulares em três módulos, por ele denominados (i) “módulos convencionais de cooperação”, (ii) “módulos convencionais de concessão” e (iii) “módulos convencionais instrumentais”. Os dois primeiros corresponderiam, em linhas gerais, ao que aqui referimos respectivamente como contratos de cooperação e contratos de delegação (cf. *Contrato Administrativo*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 235 e ss.).

109. Na feliz passagem de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (*Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., p. 466): “Inversão radical das funções

É fato que a particulares para, as secução de suas para viabilizar n co, seja, ainda, p tenham relevânc manifesta no ex particular como de serviços públ do-Administraçã ventures, os aco tos de consórcio nas suas distinta

Para além frequentes de re – desconstruind as relações de s cam diante da n va não só não p só consegue se negócios jurídic

O que faz c nistrativas só se na condição de

normalmente atrib instrumento ‘autor transforma em um a sua aceitação e decorre da Admin nios da sua actuaç contratual’, que t esta negociação n mente para prepar curso à concertaç da tentativa de uti tadora e conforma

110. A neces vel quando mais c tensão e da impor cia e dependência

É fato que a Administração se socorre permanentemente dos particulares para, assumindo o papel de parceiros, concorrer para a consecução de suas finalidades, para a oferta de utilidades públicas, seja para viabilizar modalidades de sua intervenção no domínio econômico, seja, ainda, para incentivar e induzir a realização de atividades que tenham relevância coletiva. A relação de parceria com os privados se manifesta no exercício de várias funções administrativas. O papel do particular como parceiro é presente nas diversas formas de prestação de serviços públicos, e de maneira bastante acentuada quando o Estado-Administração atua no domínio econômico (como são as *joint ventures*, os acordos societários com privados acionistas e os contratos de consórcio, por exemplo) e na atividade de fomento (também nas suas distintas manifestações).

Para além de se constituir como uma das manifestações mais frequentes de relacionamento entre a Administração e os particulares – desconstruindo a noção de que no direito administrativo prevalecem as relações de sujeição, verticais –, as relações de parceria nos colocam diante da necessária constatação de que a atividade administrativa não só não prescinde da cooperação com os privados, mas que ela só consegue se manifestar plenamente se a eles recorrer, travando negócios jurídicos para bem cumprir suas finalidades.

O que faz com que frequentemente o exercício das funções administrativas só seja possível mediante o concurso de particulares atuando na condição de parceiros da Administração.¹¹⁰ Inerente à atividade de

normalmente atribuídas ao acto administrativo é a que se verifica quando este, de instrumento 'autoritário' de aplicação do Direito ao caso concreto, que se dizia ser, se transforma em um mecanismo de concertação com os particulares, destinado a obter a sua aceitação e colaboração para o desempenho das tarefas administrativas. O que decorre da Administração ter passado a adoptar, em cada vez mais alargados domínios da sua actuação e com uma frequência cada vez maior, uma autêntica 'política contratual', que toma voluntariamente a forma de uma verdadeira negociação; mas esta negociação não conduz à conclusão de um verdadeiro contrato, ela serve unicamente para preparar o conteúdo do acto emitido unilateralmente pelo Estado. O recurso à concertação com os particulares é a consequência da condenação ao fracasso da tentativa de utilização de meios autoritários nos domínios da Administração prestadora e conformadora ou infraestrutural".

110. A necessidade do concurso de particulares passa a ser tanto mais indesejável quando mais o Estado é demandado nas mais diversas tarefas. O aumento da extensão e da importância das atividades estatais acaba por importar uma maior relevância e dependência da atuação dos privados como seus delegatários ou colaboradores.

particular de um preço ou tarefa. Nesse papel que cabe aos particulares no âmbito da atividade estatal de domínio econômico.

Os privados têm em suas relações com o Estado aquele mais relevante para a prestação de serviços e a parceria entre os privados e o Estado atuando como particulares atuando como parceiros na consecução de suas finalidades. A parceria, que vão desde os contratos de consórcio até o recurso aos instrumentos jurídicos em que os particulares atuam na atividade econômica (como contratos de parceria) ou, então, quando agem em nome do Estado (contratos de cooperação¹⁰⁸).

O particular dela participe de forma voluntária, ter decidido livremente a relação não deriva de um ato de ordenamento jurídico ou do Estado, mas é assegurado pela vontade do particular, mais das vezes haja – através do contrato de parceria (por exemplo, contratos de parceria) – exorbitantes por parte do Estado. Supõe (i) convergência de interesses e (ii) decisão de ambos os lados por intermédio de

vezes de Almeida classifica os particulares em três módulos, por "módulos de conveniência". (ii) "módulos de conveniência instrumentais". Os dois primeiros respectivamente como "Contrato Administrativo, São

l Dias Pereira da Silva (*Em Inversão radical das funções*

fomento e amplamente aceita no campo da prestação de serviços públicos e de intervenção direta, a relação de parceria entre Administração e particulares aparece também no âmbito das atividades de regulação e de polícia. Quando não mediante o recurso a instrumentos de delegação do exercício dessas atividades (como os contratos para provimento de atividades de suporte ao poder de polícia ou mecanismos de autorregulação), mas também mediante a introdução de módulos consensuais para provimento dessas funções, como dão mostra os instrumentos de consensualidade no exercício da atividade de polícia econômica pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE.¹¹¹

14.6 A atuação administrativa na relação com os particulares

Dissemos já que não é possível conceber a atividade da Administração Pública (e, por conseguinte, o direito administrativo) apartada e alheia aos privados. 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 sua atuação envolve diferentes interfaces com os privados.

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, seja como pessoas físicas (agentes públicos, servidores), contratados (prestadores de serviços), delegatários (permissionários, concessionários) ou, ainda, colaboradores (parceiros, entidades do Terceiros 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 ação potencialmente benéfica a todos, tais benefícios serão sempre apropriados de forma desigual.¹¹²

Neste sentido, v. a acurada análise de Jean-François Prévost, "La notion de collaborateur occasionnel et bénévole du service public", *Revue du Droit Public* 4/1.075-1.076, Paris, 1980).

111. Juliana Bonacorsi de Palma, *Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos Acordos Substitutivos nos Processos Administrativos Sancionadores*, cit., pp. 209 e ss.

112. Não estou, aqui, meramente me referindo ao debate em torno da seletivi-

Por fim, a atuação estatal em condições de interferência na esfera dos direitos dos particulares, a atuação estatal em condições de indução de serviços sujeitos a regulamentação estatal em condições de determinação dos preços, a atuação estatal em condições de

Este caráter de atuação estatal em condições de indução de serviços sujeitos a regulamentação estatal em condições de determinação dos preços, a atuação estatal em condições de

Quando o Estado atua em condições de indução de serviços sujeitos a regulamentação estatal em condições de determinação dos preços, a atuação estatal em condições de

Ao elege o Poder público de indução de serviços sujeitos a regulamentação estatal em condições de determinação dos preços, a atuação estatal em condições de

dade das políticas públicas desigualmente os privados, a atuação estatal em condições de indução de serviços sujeitos a regulamentação estatal em condições de determinação dos preços, a atuação estatal em condições de

113. A esse respeito, a atuação estatal em condições de indução de serviços sujeitos a regulamentação estatal em condições de determinação dos preços, a atuação estatal em condições de

114. V. meu "O caráter econômico", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, pp. 100-105.

115. V., por exemplo, a atuação estatal em condições de indução de serviços sujeitos a regulamentação estatal em condições de determinação dos preços, a atuação estatal em condições de

atuação de serviços públicos entre Administração e atividades de regulação e instrumentos de delegação de poderes para provimento de mecanismos de autorregulação de módulos consensuais. O texto mostra os instrumentos de política econômica de política econômica/CADE.¹¹¹

em os particulares

atividade da Administração (administrativo) apartada do Estado-Administração, se reconhecerem a interface com direitos e deveres, saber que sua atuação

de exercer suas funções, servindo-se dos privados (agentes públicos, serviços), delegatários, operadores (parceiros, ramos de fomento). A atuação deve ser justificada em termos de eficiência, atingindo sempre uma finalidade, ainda que se trate de serviços que serão sempre

¹¹¹ "La notion de collaboration Public 4/L.075-1.076,

¹¹² *Consensual: Estudo dos acordos*, cit., pp. 209 e ss. ¹¹³ em torno da seletivi-

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 daqueles.

Este caráter necessariamente interferente é mais nítido na função de polícia ou na atividade regulatória. No âmbito dos serviços públicos isso está presente na restrição à liberdade de iniciativa (naqueles serviços sujeitos ao regime de exclusividade de titularidade estatal), assim como também 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 no segmento objeto da atuação estatal haverá inegável constrição na liberdade econômica dos demais atores.¹¹³ E mesmo na atividade de fomento, em que o caráter restritivo a direitos é mais brando, isto poderá ser percebido.¹¹⁴

Ao eleger uma indústria, setor ou atividade que será objeto de fomento, o Poder Público, para atingir os objetivos de uma política pública de indução ou incentivo, elege um ou mais beneficiários e, por conseguinte, afeta os potenciais interesses daqueles que rivalizam com os beneficiários em dado segmento ou que se opõem aos objetivos da política fomentadora.¹¹⁵

dade das políticas públicas. Refiro-me ao fato de que o benefício da ação estatal colhe desigualmente os privados. Quando o Poder Público desapropria um bem para edificar uma escola, certamente esta providência beneficia majormente aqueles que têm filhos ou netos em idade escolar do que um cidadão solteiro e sem prole, embora este último colha um benefício remoto e indireto, consistente em viver em uma sociedade com melhor qualidade na educação básica. Aqueles que possuem veículo automotor se beneficiam mais de uma obra viária do que aqueles que só se locomovem de Metrô. Um novo hospital público beneficia predominantemente os usuários do SUS e não aqueles que possuem plano de saúde suplementar, embora também seja de interesse destes viver em uma sociedade com boa rede pública de saúde. Em todos os campos de atuação do Estado-Administração os provimentos concretos do poder estatal colherão de maneira desuniforme os seus destinatários.

¹¹³ A esse respeito, v. Floriano de Azevedo Marques Neto, "Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal", *Revista de Direito Público da Economia* 1/69-93, Belo Horizonte, 2003.

¹¹⁴ V. meu "O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica", *Revista de Direito Público da Economia* 32/62, Belo Horizonte, 2010.

¹¹⁵ V., por exemplo, a oposição entre os importadores de dado produto ou insumo e os beneficiários de políticas industriais protecionistas. Ou o que ocorre em um

Temos, então, que a atividade administrativa se mostra intimamente relacionada com os privados. Nem é neutra em relação a eles, nem é deles independente. Embora possa ter objetivos distintos, em certa medida coincide com os interesses de parcela dos particulares.

Daí podermos dizer que em face de qualquer provimento estatal haverá antagonismos e convergências com interesses privados. *Antagonismos* em face dos direitos ou interesses dos particulares que de alguma maneira sofram interferência por parte da ação estatal. *Convergências* com aqueles que se beneficiam do provimento ou que sejam dele instrumento (como agentes, delegados ou colaboradores).

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 assumirmos que a atividade administrativa não é autônoma em relação aos interesses dos particulares, nem pode ser indiferente a seus direitos, vamos notar que em relação à Administração os particulares assumem diferentes relações e, assim, terminam por exercer distintos papéis.

A depender destas relações se estabelecerão não dois polos claros e nitidamente separados, mas múltiplos polos de interesse, inter-relacionados e determinantes de equilíbrios vários e cambiantes. Estas variadas relações demonstram que no polo dos indivíduos há diversas clivagens e diferentes interesses em face dos quais o polo da autoridade arbitraré e deferirá tratamentos legitimamente desuniformes. O que nos remete a revisitar as funções do direito administrativo.

14.7 A tripla função do direito administrativo

Cabe, então, enfrentar as funções que cumprem ao direito administrativo na mediação dos diferentes papéis que o privado pode assumir na relação com a Administração. Afinal, qualquer que seja esse papel, a relação será precipuamente disciplinada por normas desse ramo do direito, ora voltadas a limitar a autoridade, ora a restringir

setor em que se desenvolva a chamada "guerra fiscal" (fomento voltado ao desenvolvimento regional baseado em benefícios fiscais).

a liberdade. Normas que subjetivos dos particulares e dos subjetivos públicos fundamentais.¹¹⁶

Cabe ao direito a convergências entre di exercício do poder ex quências dos condicionando os meios, pro Neste sentido é que se mo do Direito voltado e os particulares em s do Estado-Administração direitos privados entre

Note-se que nest administrativo apenas ou que importem restrutivo vai compreender a relação entro fito de constrição, p ses dos administrado

Sendo assim, o instrumentais: servir vetor de promoção d tragem dos diversos ções administrativas

14.7.1 Como instrui

O direito admin o condicionamento ablatória¹¹⁷ da Admi

116. Marçal Juster

117. "Os atos ablatório de não fazer (como nas rio) – ou privando-o de

administrativa se mostra intimamente neutra em relação a eles, ter objetivos distintos, em parcela dos particulares.

qualquer provimento estatal interesses privados. Antes dos particulares que de parte da ação estatal. Quando provimento ou que seados ou colaboradores).

tividade administrativa das, constatamos as diferenças tração trava com os parti-

rativa não é autônoma em m pode ser indiferente a Administração os particulares, terminam por exercer

erão não dois polos claros de interesse, inter-relações e cambiantes. Estas os indivíduos há diversas quais o polo da autoridade desuniformes. O que administrativo.

ivo

imprem ao direito administrativo que o privado pode assumir, qualquer que seja esse nada por normas desse ridade, ora a restringir

omento voltado ao desenvol-

a liberdade. Normas que, ao mesmo tempo em que delimitam direitos subjetivos dos particulares, servem para consagrar outros tantos direitos subjetivos públicos, ou, se quisermos, aptas à satisfação de direitos fundamentais.¹¹⁶

Cabe ao direito administrativo conformar os antagonismos e as convergências entre direitos e interesses dos particulares em face do exercício do poder extroverso, disciplinando os limites e as consequências dos condicionantes, limitações e sacrifícios, bem como regendo os meios, procedimentos e contornos dessas convergências. Neste sentido é que se pode dizer que o direito administrativo é o ramo do Direito voltado a conformar as relações entre o Poder Público e os particulares em seus diferentes papéis, disciplinando a atividade do Estado-Administração de arbitrar entre os distintos interesses e direitos privados enredados no exercício das funções administrativas.

Note-se que nesta 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 vai compreender todos os preceitos jurídicos que devam 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 pode assumir três funções instrumentais: servir como instrumento de restrição de direitos, como vetor de promoção de direitos e, por fim, como mecanismo para arbitragem dos diversos interesses que se enredam no exercício das funções administrativas.

14.7.1 Como instrumento de restrição de direitos

O direito administrativo atua como instrumento para a limitação, o condicionamento ou o sacrifício de direitos. Trata-se da atuação ablatória¹¹⁷ da Administração, que se verifica quando, no exercício de

116. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 68 e 70.

117. "Os atos ablatórios são aqueles com os quais a Administração sacrifica o interesse de um privado – impondo-lhe uma obrigação de fazer (como nas ordens), de não fazer (como nas proibições) ou de dar (como nos atos de lançamento tributário) – ou privando-o de um bem, como na expropriação, na requisição, no sequestro

suas funções, se mostra necessário contrapor-se a direitos subjetivos dos administrados. Assim é com os institutos da desapropriação, da intervenção na propriedade em geral, de toda a gama de matérias submetidas à polícia administrativa no âmbito da atividade conformadora¹¹⁸ ou ordenadora.¹¹⁹

Certo deve estar que, como contraparte dessa atividade restritiva, haverá 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, nesta manifestação específica o direito administrativo se apresenta como instrumento para conformar e limitar direitos, impondo aos indivíduos, com respaldo na lei (ainda que não diretamente por ela¹²⁰), comportamentos omissivos ou comissivos ou, ainda, restringindo o exercício de direitos como a propriedade,¹²¹ o exercício de profissão e a liberdade de locomoção.

administrativo e na imposição de servidão pública" (Sabino Cassese, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 2009, p. 342 – tradução livre). No original: "I provvedimenti ablatori sono quelli con i quali l'Amministrazione sacrifica l'interesse di un privato, imponendogli 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)". 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 fundamentará o sacrifício do interesse privado (idem, *ibidem*). V. também: Sabino Cassese, *Las Bases del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, p. 301; e Aldo Sandulli, "Il procedimento", in Sabino Cassese, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Milão, Giuffrè, 2003, p. 1.195.

118. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 98.

119. Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo Ordenador*, 1ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

120. Sim, pois o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II) assegura que ninguém será 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 deva estar sempre prescrita expressamente em lei formal. Daí que o exercício da função ablatória estatal será legítimo quando efetivado por norma infralegal ou ato administrativo concreto, desde que delimitado em lei.

121. Sacrificando-a, como ocorre na desapropriação; condicionando-a, como ocorre, em regra, no tombamento; ou limitando-a, como no caso da servidão administrativa.

Estas prerrogativas tais. Justificam-se na medida em que, ao observar outros direitos, o Estado não apenas tem o dever de não exercê-los, mas também os reconhece como de súdito e beneficiário, cliente e

Estando na condição de atuar como instrumento de disciplina da atividade especial, quando o direito consagrado ao uso de to

O direito administrativo atua como condicionadora do uso da utilidade pública, por exemplo, das redes que aparentem indícios de captação própria de água

Por fim, encontra-se quando o particular trata com o Estado-Administração. A delegação de prestação de serviço ou privilégio, em detrimento do direito de outros privados

14.7.2 Como instrumentar

O direito administrativo atua na efetivação de direitos. Como anteriormente, como condicionadora dos administrados em prol da efetivação de direito coletivo, protege os interesses mentais, efetivar polític

122. Cf. art. 45 da Lei

rapor-se a direitos subjetivos
titulos da desapropriação, da
toda a gama de matérias sub-
da atividade conformadora¹¹⁸

rte dessa atividade restritiva,
ncentes aos administrados e
esses que demandam a abla-
uais ou coletivos. Mas, para
especifica o direito adminis-
ra conformar e limitar direi-
o na lei (ainda que não dire-
missivos ou comissivos ou,
s como a propriedade,¹²¹ o
comoção.

1" (Sabino Cassese, *Istituzioni di*
2 – tradução livre). No original: "I
ministrazione sacrifica l'interesse
e negli ordini). di non fare (come
ne tributaria) o privandolo di un
, nel sequestro amministrativo e
trativista esclarece, em oportuna
ter punitivo e nem mesmo podem
ta-se de manifestação normativa,
ministração Pública torna impres-
que fundamentará o sacrifício do
Cassese, *Las Bases del Derecho*
istración Pública, 1994, p. 301; e
, *Trattato di Diritto Amministra-*

ministrativo, cit., p. 98.
do Ordenador, 1ª ed., 3ª tir., São

alidade (art. 5º, II) assegura que
o se não em virtude de lei, e não
itos comissivos ou omissivos ao
n lei formal. Daí que o exercício
ado por norma infralegal ou ato

riação; condicionando-a, como
no caso da servidão adminis-

Estas prerrogativas da Administração são, como visto, instrumen-
tais. Justificam-se na medida do necessário e do suficiente para fazer
observar outros direitos e proteger outros tantos interesses. E elas se
exercem não apenas tendo o particular no papel que linhas acima de-
signamos como de súdito, mas em certas oportunidades na condição
de beneficiário, cliente ou, mesmo, de parceiro.

Estando na condição de beneficiário, o direito administrativo po-
de 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.

O direito administrativo pode interferir na relação em que o ad-
ministrado atua como cliente mediante aplicação das regras discipli-
nadoras do uso da utilidade objeto de uma relação de consumo. É o
caso, por exemplo, das normas que permitem a lacração de medidores
que aparentem indícios de fraude ou daquelas que obrigam os usuá-
rios em área urbana dos serviços de esgotamento sanitário a se conec-
tar às redes existentes e, eventualmente, a hidrometrar suas fontes de
captação própria de água, para fins de tarifação do serviço.¹²²

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 de-
legação de prestação de um serviço público em regime de exclusivi-
dade ou privilégio, em que a parceria se estabelece em detrimento do
direito de outros privados atuarem no mesmo segmento.

14.7.2 Como instrumento de efetivação de direitos

O direito administrativo é também importante instrumento para a
efetivação de direitos. Não apenas no sentido de proteção, aludido
anteriormente, como contraposto a restrições de direitos de alguns
administrados em prol da tutela de direitos de outros. É instrumento
de efetivação de direitos no que toca a prover bens e serviços de inte-
resse coletivo, proteger hipossuficientes, assegurar direitos funda-
mentais, efetivar políticas públicas.

122. Cf. art. 45 da Lei 11.445/2007.

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 em que o direito administrativo sacrifica, limita e condiciona 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, é certo que tal atuação, para ser lícita e legítima, deve ter em mira sua satisfação.

Esta função instrumental do direito administrativo como vetor de efetivação de direitos se põe relevante para a adequada compreensão do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública. No âmbito do paradigma bipolar¹²³ tornou-se quase um mantra dizer que, enquanto para os particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, para a Administração só é facultado fazer aquilo que a lei expressamente autorize.¹²⁴ Trata-se da fórmula tradicional da chamada legalidade estrita.¹²⁵ Embora tal formulação tenha lá sua razão de ser, ela

123. Como demonstra Sabino Cassese: "Segundo o modelo tradicional, os dois polos, aquele público e aquele privado, não são apenas irreduzíveis porque em conflito, são também distintos porque regidos por regras diversa. (...) Ao primeiro, tudo é vedado, salvo se o contrário for expressamente consentido; ao segundo tudo é consentido, salvo aquilo que tiver sido expressamente vedado" ("L'Arena Publica: nuovi paradigmi per lo Stato", cit., *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/603 – tradução livre).

124. Edmir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 73.

125. 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 que "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

contém um aspecto re
atuação do Estado-Ad
dos administrados, é
imposição ao privado
ela só poderá se dar e
não nos parece admis:
ta como razão para de

A partir do mom
as normas legais) con
bém imputando à Adr
sua atuação, delimita
tantes, terá já present
nejando com modera
níveis para satisfaze
invocar a legalidade
tração se desonere de
dos pela ordem jurídi

Além dos direit
dade ordenadora da
nistrativo na consec
públicas (como no ca
venção estatal na E
constitucionais de rel
nal) como, ainda, na
também a Administr
ou a indução dos pri
finalidade de interes

14.7.3 Como instrur

Por fim, o direi
composição entre di
pre o agir administra
interesses titularizad

como pretexto para, ao f
fissionais do Direito, infl
(*Direito Administrativo* p

contém um aspecto relativo. Explicamos. Se, como dito acima, toda atuação do Estado-Administração implica alguma constrição a direito dos administrados, é correto dizer que, no quanto esta ação importar imposição ao privado de obrigação de fazer ou de se omitir de fazer, ela só poderá se dar em face da legalidade (em virtude de lei). Porém, não nos parece admissível a Administração invocar a legalidade estrita como razão para deixar de efetivar direitos.

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

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) como, ainda, na atividade de fomento, na medida em que aqui também a Administração busca efetivar direitos mediante o incentivo ou a indução dos privados para atuar em vista da consecução de uma finalidade de interesse coletivo.

14.7.3 Como instrumento de composição de interesses

Por fim, o direito administrativo presta-se também a proceder à composição entre distintos interesses dos administrados. Como sempre o agir administrativo envolve uma contraposição de direitos ou de interesses titularizados, cada qual, por parcela da sociedade, caberá ao

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*, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 141).

direito mediar, sopesar e compor estes 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.

Essa função instrumental apresenta-se marcadamente no âmbito da atividade administrativa processual, na qual em torno da decisão administrativa podem se contrapor distintos interesses e direitos de administrados.¹²⁶ Daí se poder dizer que o processo administrativo é o campo do direito administrativo dedicado à composição jurídica dos interesses enredados em um provimento estatal.

Mas não é só no processo administrativo que esta função instrumental de composição se revela. A atividade administrativa de regulação também é destacadamente voltada a essa articulação. O mesmo se pode dizer em relação à atividade de formulação de políticas públicas.

Esta dimensão de equilíbrio de direitos e composição de interesses vai envolver, muitas vezes, a contraposição de papéis dos administrados. Por vezes o provimento do Estado-Administração terá que enfrentar a contraposição entre administrados-súditos e administrados-beneficiários. Ou entre administrados-parceiros e administrados-clientes. Mas isso é justamente o desafio da Administração Pública, e talvez seja a maior utilidade do direito administrativo contemporâneo.¹²⁷

Se isso é verdade, teremos que concluir que o direito administrativo não é meramente um direito para a concreção do interesse público, genérica e abstratamente concebido, mas, sim, um ramo jurídico para a adequada arbitragem da permanente oposição de interesses em prol da satisfação coletiva.

14.8 Do paradigma bipolar ao paradigma relacional

No texto que nos dá uma das epígrafes deste artigo, publicado há mais de 10 anos, Sabino Cassese demonstra como o modelo (que

126. Não sem razão a Constituição faz alusão aos “litigantes, em processo (...) administrativo” ao garantir o contraditório e a ampla defesa em seu art. 5º, LV.

127. A esse respeito, v. nosso “Las transformaciones en la dicotomía público-privado y la importancia de la regulación”, in Gaspar Ariño Ortiz e outros, *Regulación Económica de los Servicios Públicos*, Lima/Peru, ESAN (Anais ..., 2010), pp. 121-148.

ele chama “paradigma um novo paradigma aos ensinamentos demonstra que os p Primeiramente por vínculo da ação ac não são mais comp fins e interesses co ção mesma o poder partir dessa constat determinada por ur de um conflito de i de prevalência ou p tiva – diz Sabino C sição de interesses

Virá daí, para passa a não ter car partir da aplicação vas, no sentido de c Portanto, impende modelo multipolar, administrativa: doi rizados por distinto próprios interesses esses conflitos. E e não seriam exceçã

Neste novo m portância central c

128. Massimo Se nistrazione, Milão, Gi

129. No original: riconoscendo all' Amr secelte” (Sabino Cass Rivista Trimestrale di

130. Sabino Cas Rivista Trimestrale di

131. Idem, ibide

ele chama “paradigma”) bipolar cede espaço e deve ser superado por um novo paradigma, que chama de “Arena Pública”. Reportando-se aos ensinamentos de Massimo Severo Giannini,¹²⁸ Sabino Cassese demonstra que os pressupostos do modelo bipolar não 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”.¹²⁹ A partir dessa constatação, afirma que a atividade administrativa não é determinada por uma planificação prévia, *ex vi legis*, e sim produto de um conflito de interesses públicos, que não possuem uma ordem de prevalência ou prioridade. Por conseguinte, a decisão administrativa – diz Sabino Cassese – passa a comportar ponderação e composição de interesses.¹³⁰

Virá daí, para Sabino Cassese, que a atividade administrativa passa a não ter caráter meramente comutativo (atribuindo direitos a partir da aplicação direta da lei), mas, sim, características distributivas, no sentido de que sempre irá colher desigualmente os indivíduos. Portanto, impende reconhecer que o modelo bipolar cede lugar a um modelo multipolar, em que existirão pelo menos três partes na relação administrativa: dois ou mais interesses (públicos) conflitantes, 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 Sabino Cassese – não seriam exceção, mas regra.¹³¹

Neste novo modelo, de superação da bipolaridade, assumem importância central os instrumentos regulatórios e são cada vez mais

128. Massimo Severo Giannini, *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milão, Giuffrè, 1939.

129. 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” (Sabino Cassese, “L’Arena Pública: nuovi paradigmi per lo Stato”, cit., *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/604 – tradução livre).

130. Sabino Cassese, “L’Arena Pública: nuovi paradigmi per lo Stato”, cit., *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/605.

131. Idem, *ibidem*.

presentes “contratos complexos, onde em um só negócio formal se acumula uma pluralidade de objetivos negociais provenientes de mais que duas partes contratantes”.¹³²

Esse novo paradigma possui algumas características, segundo Sabino 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”.¹³³ Segundo, o deslocamento do procedimento para a negociação, pelo quê, em suas palavras, não seria mais o procedimento a balizar a negociação, mas a negociação passa a plasmar o procedimento.

Nesse novo paradigma apontado por Sabino Cassese se estabelece uma nova relação entre o público e o privado. De tal sorte que: “Em conclusão, Estado e mercado, público e privado, que vinham considerados mundos separados e em oposição, se apresentam como entidades interpenetradas”.¹³⁴

Estamos convictos de que este desenho do tal paradigma da Arena Pública corresponde em grande medida àquilo que se vem assistindo nas transformações das relações administrativas.

De fato. Como já pudemos registrar anteriormente, (i) todo interesse público acaba por se confundir com o interesse privado de parcela dos indivíduos e (ii) não existe qualquer contradição em envolver os particulares na promoção de metas e objetivos de interesse público, mormente quando estes se traduzem na produção e disponibilização de utilidades públicas para fruição da população.

132. “Sono presenti contratti complessi, ove in un solo negozio formale si cumula una pluralità di intenti negoziali provenienti da più di due parti contraenti” (Sabino Cassese, “L’Arena Pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato”, cit., *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/606 – tradução livre).

133. Sabino Cassese, “L’Arena Pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato”, cit., *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/644. 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*, cit., pp. 124 e ss.).

134. Sabino Cassese, “L’Arena Pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato”, cit., *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3/649: “In conclusione, Stato e mercato, pubblico e privato, là dove venivano considerati mondi separate, ed in opposizione, si presentano come entità interpenetranti” (tradução livre).

Longe de ser uma c
é somente plenamente J
Estado cometer, sob cer
de tarefas de interesse p

De um lado, pelo
atividade), vimos, é imp
Estado sem o concurso
lo jurídico (estatutário,
entre o privado e a pes
aproximar mais de uma
uma ação estatal neutra
“direta do Estado” só se
cos, que não deixam de
nistrção. E muita vez
interesses pessoais ou c
controle pelo regime de

De outro lado – ag
dades de interesse geral
sem delegação do Pode
tância ou utilidade par
sociais (educação, saúc
apenas como atribuiçã
(sem delegação) – e a n
tenham relevância púb
externalidades, positiva

Lembrems, ainda.
à efetivação de direitos
somente pelo Estado, c

135. Dialogamos, aqu
Filho (*Regulação da Ativid*
2008, p. 26), para quem “o
imperfeição de fundo quase
transformar agentes privado
Estado realizar todas as ativ
res, acreditando que pode cc
A oposição a esta premissa
público, com as condiciona
emba as concepções expos

m só negócio formal se
tais provenientes de mais

características, segundo
ue. Primeiro, a perda da
administração – o que o
que era um dado se tor-
o do procedimento para
io seria mais o procedi-
ção passa a plasmar o

ino Cassese se estabele-
o. De tal sorte que: “Em
o, que vinham conside-
resentam como entida-

o tal paradigma da Are-
ilo que se vem assistin-
tivas.

iormente, (i) todo inte-
teresse privado de par-
ntradição em envolver
os de interesse público,
ção e disponibilização
o.

o negozio formale si cum-
te parti contraenti” (Sabino
y”, cit., *Rivista Trimestrale*

adigmi per lo Stato”, cit.,
xto, também bastante agu-
o “dalle regole del gioco al
o. 124 e ss.).

adigmi per lo Stato”, cit.,
one, Stato e mercato, pub-
rate, ed in opposizione, si

Longe de ser uma crença¹³⁵ ou uma impossibilidade *a priori*, não é somente plenamente possível como muitas vezes mais adequado o Estado cometer, sob certas regras, 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 (estatutário, trabalhista, contratual comum, concessório) entre o privado e a pessoa jurídica Estado. Neste sentido, parece se aproximar mais de uma crença pensar que exista a possibilidade de uma ação estatal neutra em relação aos privados, pois mesmo a ação “direta do Estado” só será encetada com o concurso de agentes públicos, que não deixam de ser particulares que atuam 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 nem por isso perdem sua importância ou utilidade para toda a coletividade. 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 tenham relevância pública e que sua exploração não seja prenhe de externalidades, positivas e negativas.

Lembremos, ainda, que atividades há que, embora imprescindíveis à efetivação de direitos fundamentais, não apenas não são exercidas somente pelo Estado, como também a prestação exclusiva pelo Estado

135. Dialogamos, aqui, diretamente com a tese exposta por Calixto Salomão Filho (*Regulação da Atividade Econômica*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 26), 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. (...)”. A oposição a esta premissa (e, se quisermos, nossa “crença” no regime de direito público, com as condicionantes que aqui exporemos) em grande medida motiva e embala as concepções expostas e defendidas neste trabalho.

implicaria redução ou supressão do direito fundamental. É o caso, por exemplo, dos direitos fundamentais à informação e à expressão – direitos, estes, dependentes do exercício de atividades de interesse geral (edição de livros, imprensa) e de serviços públicos (radiodifusão). Ora, a prestação estatal direta destas atividades levaria ao monopólio estatal da informação, aniquilando aqueles direitos fundamentais.

O cometimento de tarefas de interesse público (com todas as suas externalidades positivas e negativas) aos privados não é por si contraditório com a adequada tutela do interesse geral. E, caso a existência de externalidades em dada atividade fosse suficiente para determinar que ela fosse prestada diretamente pelo Estado, então, teríamos que acreditar que todas as atividades potencialmente danosas ao meio ambiente haveriam de ser imediatamente estatizadas. O que parece ser um despropósito econômico e jurídico.

Parece-nos perfeitamente possível demonstrar que esta incompatibilidade não existe. Se uma atividade possui uma 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 esta externalidade, distribuindo o ônus desta mitigação para alguns particulares (por exemplo, os que se beneficiam dos benefícios internos à atividade) ou distribuindo por toda a sociedade. Porém, isso não será suficiente para que tais externalidades ou efeitos incomensuráveis determinem que o Estado deve se incumbir diretamente daquele cometimento.

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

Dizer que o regime amestrar a mentalidade micas nos levaria a fosse inepta para convergência para reconhecer sua incapac individualista do agente direta. O que levaria Administração, ao se porações públicas (c interesses privados, j

Temos, então, q interesse coletivo e c sabilizando-se pela servir de causa para aqui, como agentes e (ou, se quisermos, d bição da atuação priv eficiente, para conj que aquela utilidade custo e com a melho

14.9 Conclusão

Ao fim destas re nistrativo não pode indivíduo própria ao duos para cumprir s damentais que são t

Recolocar o cid nistrativo, deslocar hora de colocar nova no campo que Casso

Bibliografia

ALESSI, Renato. *Prin* 1996.

fundamental. É o caso, por exemplo, da liberdade de expressão – direções de interesse geral (radiodifusão). Ora, a liberdade de expressão estaria ao monopólio estatal fundamentais.

o público (com todas as suas consequências) não é por si contrário ao princípio geral. E, caso a existência de uma função pública não seja suficiente para determinar a existência do direito, então, teríamos que considerar as consequências danosas ao meio ambiente e as atividades realizadas. O que parece ser

mostrar que esta incompatibilidade é uma externalidade social. Uma atribuição (se não for o caso de agir da maneira adequada) externalidade, distribuída entre os particulares (por exemplo, os direitos individuais) ou distribuindo a responsabilidade suficiente para que tais atividades terminem que o Estado não permita.

Os benefícios de uma atividade pública transcendem o ganho individualmente insuscetíveis ao indivíduo mensurável. Isso é evidente, de um sistema de responsabilidade social, e não apenas a função pública suficiente para determinar a existência do direito (educacional) não possa ser determinada desta atividade não pode, como predicam as consequências de cometer a educação. Será assegurado que os direitos sejam alcançados.

Dizer que o regime de direito público é incapaz, sempre, de superar a mentalidade individualista norteadora das decisões econômicas nos levaria ao ceticismo e à aporia. Se a regulação pública fosse inepta para condicionar o interesse econômico, permitindo a convergência para a consecução de interesses públicos, teríamos que reconhecer sua incapacidade também para adestrar a mentalidade individualista do agente público incumbido pelo Estado da execução direta. O que 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 mentalidade individualista).

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) deixa 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.

14.9 Conclusão

Ao fim destas reflexões temos a convicção de que o direito administrativo não pode mais ser explicado a partir da oposição Estado/indivíduo própria ao paradigma bipolar. O Estado depende dos indivíduos para cumprir seu papel. E só existe para assegurar direitos fundamentais que são titularizados pelos cidadãos.

Recolocar o cidadão no centro das preocupações do direito administrativo, deslocar o foco da estrutura para a função, é essencial. É hora de colocar novamente o direito administrativo no campo público, no campo que Cassese chama de “Arena Pública”. Eis nossa tarefa.

Bibliografia

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. vol. 1. Milão, Giuffrè, 1996.

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo, Quartier Latin, 2012.
- . “Mecanismos de consenso no direito administrativo”. In: ARA-GÃO, Alexandre Santos de, e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008 (pp. 335-350).
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. “Distinção entre usuário de serviço público e consumidor”. *Revista Brasileira de Direito Público* 5/133-138. Belo Horizonte, 2004.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O Direito Administrativo sem Estado*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2012.
- . *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- , e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.
- . *Reflexões sobre o Direito Administrativo*. Belo Horizonte, Fórum, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.
- . *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo, Ed. RT, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. “Natureza jurídica da concessão de serviço público”. *RDP* 19. São Paulo, Ed. RT, 1972.
- BERTHÉLEMY, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 8ª ed. Paris, Rousseau, 1916.
- BINENBOJOM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- BRAIBANT, Guy, e STIRN, Bernard. *Le Droit Administratif Français*. 7ª ed. Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2005.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo, Saraiva, 2002.

- CASSAGNE, Juan Carlos. *La Ley*, 2011.
- CASSESE, Sabino. “Il c...
trale di Diritto Publ...
Istituzioni...
“L’Arena...
trale di Diritto Publ...
Las Bases...
de Administración F...
“Le trasfo...
lo”. *Rivista Trimestr...
Lo Spazio...
Trattato d...
CHEVALLIER, Jacques...
Belo Horizonte, Fó...
CORREIA, José Manue...
ção Pública”. In: M...
Lisboa, Livraria Pet...
DALLARI, Adilson, e...
Paulo, Malheiros E...
DE LA CUÉTERA, J. M...
cisco J. Villar. *De...
Amicorum Gaspar...
DELVOLVÉ, Pierre. *La...
DI PIETRO, Maria Sy...
2012.*
———. *Do Direi...
1989.*
———. “Inovaçõ...
Paulo, Malheiros E...
——— (org.). *Su...
DUGUIT, Léon. *Fund...
Editor, 2005.*
———. *Manuel a...
ESTORNINHO, Maria...
Livraria Almedina.*
FERNANDÉZ, Tomás...
*Derecho Administr****

- CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 10ª ed. Buenos Aires, La Ley, 2011.
- CASSESE, Sabino. "Il cittadino e l'Amministrazione Pubblica". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1. Milão, 1998.
- . *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 2009.
- . "L'Arena Pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3. Milão, 2001.
- . *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madri, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- . "Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1. Milão, 2002.
- . *Lo Spazio Giuridico Globale*. Roma/Bari, Laterza, 2006.
- . *Trattato di Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte, Fórum, 2009.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. "Os princípios constitucionais da Administração Pública". In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa, Livraria Petrony, 1979.
- DALLARI, Adilson, e FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- DE LA CUÉTERA, J. M., LÓPEZ-MUNIZ, José Luiz Martínez, e ROJAS, Francisco J. Villar. *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madri, La Ley, 2011.
- DELVOLVÉ, Pierre. *Le Droit Administratif*. Paris, PUF, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2012.
- . *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 1989.
- . "Inovações na Administração Pública". *RTDP* 51-52/12-25. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.
- (org.). *Supremacia do Interesse Público*. São Paulo, Atlas, 2010.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.
- . *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4ª ed. Paris, E. de Boccard, 1923.
- ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. 2ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 2009.
- FERNANDÉZ, Tomás-Ramón, e GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. 15ª ed. Madri, Civitas/Thompson Reuters, 2011.

- FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson. *Processo Administrativo*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte, Fórum, 2006.
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, Labor, 1933.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Lengua de los Derechos – La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. 1ª reimpr. Madri, Alianza, 2005.
- . *Revolution Française et Administration Contemporaine*. Paris, Economica, 1986.
- . “Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 10. Milão, 1960.
- , e FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 15ª ed. Madri, Civitas/Thompson Reuters, 2011.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Curso di Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 1965.
- . *Diritto Amministrativo*. vol. 2. Milão, Giuffrè, 1970.
- . *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*. Milão, Giuffrè, 1939.
- . *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 1981.
- . “Profili storici della scienza del diritto amministrativo”. In: *Quaderni Fiorentini: per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. vol. 2. Milão, 1973.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*. 10ª ed. Paris, Sirey, 1921.
- JÈZE, Gaston. *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1949.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 2012.
- . “O direito administrativo do espetáculo”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- LÓPEZ-MUNIZ, José Luiz Martínez, DE LA CUÉTERA, J. M., e ROJAS, Francisco J. Villar. *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madri, La Ley, 2011.
- MANNORI, Luca, e SORDI, Bernardo. *Storia del Diritto Amministrativo*. 3ª ed. Roma/Bari, Laterza, 2004.

- MARQUES NETO, Floriano. *Direito Administrativo*. Tese de Doutorado. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- . “A superação do modelo de direito administrativo”. In: MARTINEZ, e ROJAS, Francisco J. Villar. *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madri, La Ley, 2011.
- . “La modernización del derecho administrativo y lo privado”. In: MARTINEZ, e ROJAS, Francisco J. Villar. *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madri, La Ley, 2011.
- . “Las transformaciones de la regulación económica de los Servicios Públicos”. In: MARTINEZ, e ROJAS, Francisco J. Villar. *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madri, La Ley, 2011.
- . “Limites à la vista de Direito Público”. In: MARTINEZ, e ROJAS, Francisco J. Villar. *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madri, La Ley, 2011.
- . “O fomento econômico”. *Revista de Direito Administrativo* 2010.
- . *Regulação Econômica*. São Paulo, Ed. RT, 2002.
- , e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- , e SCHIRATO, Vitor. *Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte, Fórum, 2006.
- MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *Derecho Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- MIRANDA, Jorge (coord.). *Derecho Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1979.
- MOREIRA NETO, Diogo. *Derecho Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 2011.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Concessão como Instituto do Direito Administrativo*. Tese apresentada ao concurso para provimento do cargo de Professor Titular. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2013.
- . “A superação do ato administrativo autista”. In: MEDAUAR, Odete, e SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 2011 (pp. 89-113).
- . “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”. In: DE LA CUÉTERA, J. M., LÓPEZ-MUNIZ, José Luiz Martínez, e ROJAS, Francisco J. Villar. *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid, La Ley, 2011.
- . “Las transformaciones en la dicotomía público-privado y la importancia de la regulación”. In: ORTIZ, Gaspar Ariño, e outros. *Regulación Económica de los Servicios Públicos*. Lima/Peru, ESAN (Anais ...), 2010 (pp. 121-148).
- . “Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal”. *Revista de Direito Público da Economia* 1/69-93. Belo Horizonte, 2003.
- . “O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica”. *Revista de Direito Público da Economia* 32. Belo Horizonte, 2010.
- . *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- , e ARAGÃO, Alexandre Santos de (orgs.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- , e SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte, Fórum, 2011.
- MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Barueri/SP, Manole, 2006.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, Depalma, 1982.
- MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- . *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo, Ed. RT, 2011.
- . *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2003.
- , e SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 2011.
- MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa, Livraria Petrony, 1979.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Estado e Direito*. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

- . “Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro”. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral* 57/196-126. Rio de Janeiro, 2003.
- . *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno, Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. t. 1. Granada, Comares, 2002.
- . *Lecciones de Administración y Políticas Públicas*. Madri, Iustel, 2011.
- . *Transparencia y Participación en la Administración Pública Española*. Madri, Universidad Carlos III, 1994.
- , e outros. *Regulación Económica de los Servicios Públicos*. Lima/Peru, ESAN (Anais ...), 2010.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos Acordos Substitutivos nos Processos Administrativos Sancionadores*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010.
- POUYAUD, Dominique, e WEIL, Prosper. *Le Droit Administratif*. 22ª ed. Paris, PUF, 2008.
- PRÉVOST, Jean-François. “La notion de collaborateur occasionnel et bénévole du service public”. *Revue du Droit Public* 4. Paris, 1980.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 8ª ed. Paris, Dalloz, 1977.
- , e WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 13ª ed. Paris, Dalloz, 2000.
- ROJAS, Francisco J. Villar, DE LA CUÉTERA, J. M., e LÓPEZ-MUNIZ, José Luiz Martínez. *Derecho Administrativo y Regulación Económica: Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madri, La Ley, 2011.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le Modèle Politique Français*. Paris, Éditions Du Seuil, 2004.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
- SANDULLI, Aldo. “Il procedimento”. In: CASSESE, Sabino. *Trattato di Diritto Amministrativo*. Milão, Giuffrè, 2003.
- . *Manuale di Diritto Amministrativo*. 10ª ed. Nápoles, Eugenio Jovene, 1969.
- SARMENTO, Daniel. “Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo”. *RTDP* 26/115-136. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

- (org.). *Inte*
Lumen Juris, 2007.
- SCHIRATO, Vitor Rhe
Estudos sobre a Lei,
2011.
- SCHIRATO, Vitor Rhe
Administrativo. São
- SILVA, Vasco Manuel I
vo Perdido. Coimbr
- SORDI, Bernardo, e M
Roma/Bari, Laterza
- STIRN, Bernard, e BF
Paris, Presses de Sc
- SUNDFELD, Carlos A
Paulo, Malheiros E
- . *Direito A*
res, 2012.
- . *Fundam*
ros Editores, 2014
- WALINE, Jean, e RJ
2000.
- WALINE, Marcel. *L’l*
tien. 1949.
- WEIL, Prosper, e PO
PUF, 2008.

- _____. (org.). *Interesse Público Versus Interesse Privado*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- SCHIRATO, Vitor Rhein, e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). *Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte, Fórum, 2011.
- SCHIRATO, Vitor Rhein, e MEDAUAR, Odete (orgs.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 2011.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.
- SORDI, Bernardo, e MANNORI, Luca. *Storia del Diritto Amministrativo*. 3ª ed. Roma/Bari, Laterza, 2004.
- STIRN, Bernard, e BRAIBANT, Guy. *Le Droit Administratif Français*. 7ª ed. Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- _____. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- _____. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed., 5ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.
- WALINE, Jean, e RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 13ª ed. Paris, Dalloz, 2000.
- WALINE, Marcel. *L'Individualisme et le Droit*. 2ª ed. Paris, Domat Montchrestien, 1949.
- WEIL, Prosper, e POUYAUD, Dominique. *Le Droit Administratif*. 22ª ed. Paris, PUF, 2008.