

Para além dele, como bem lembra Trute, existem estímulos políticos, econômicos, administrativos, morais etc.<sup>31</sup>

Por conseguinte, anota Schmidt-Aßmann que a Administração Pública deve ser vista como um objetivo multidisciplinar.<sup>32</sup> Por essa perspectiva, é preciso ter consciência da existência de várias ciências que a estudam, das quais duas são sobremaneira relevantes: a ciência do direito (*i.e.* do direito administrativo) e a ciência da administração (*i.e.* gestão pública). A gestão pública condiciona o direito administrativo e vice-versa, de modo que uma estratégia de gestão ou uma estratégia jurídica podem se tornar inúteis caso as esferas não sejam bem compreendidas em suas influências recíprocas. O que se está a dizer é que, não obstante os especialistas em direito administrativo frequentemente ignorem a ciência da administração pública em seus escritos e reflexões, existe uma inexorável inter-relação entre essas duas esferas no quotidiano do Poder Público. Um novo direito administrativo, portanto, não deve ser cultivado com meros nutrientes jurídicos.

<sup>31</sup> “Das Verwaltungsrecht determiniert also vor allem den Akteur Verwaltung, der freilich nach Maßgabe von Recht konstituiert wird, aber nicht allein nach Maßgabe rechtlicher Kriterien arbeitet”. TRUTE, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: einige Leit motive zum Werkstattgespräch. In: *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht – Werkstattgespräch aus Anlaß des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, p. 16.

<sup>32</sup> E tal constatação naturalmente impede que se limite a Administração Pública à ciência do direito. “Die Verwaltung ist ein *multidisziplinärer* Forschungsgegenstand, ohne daß sich daraus besondere Rangzuweisungen der beteiligten Fachdisziplinen ergeben”. SCHMIDT-ARßMANN, Eberhard. Einige Überlegungen zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht. In: *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht – Werkstattgespräch aus Anlaß des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999, p. 179.

## UM DIREITO MAIS QUE ADMINISTRATIVO

CARLOS ARI SUNDFELD

### 1. Introdução

Este ensaio analisa e compara leis que, embora bem distintas, têm em comum o fato de tratarem e situarem as figuras básicas do *interesse público* e da *autoridade*, formando um painel representativo de concepções legislativas sobre três problemas centrais: *construção do interesse público, tratamento da autoridade pública e papéis da Administração Pública, do Judiciário e do Ministério Público*. As leis são estas: Lei do Tombamento, de 1937; Lei de Desapropriação, de 1941; Lei da Intervenção Econômica, de 1962; Lei da Ação Civil Pública, de 1985; Código de Defesa do Consumidor, de 1990; Lei da Improbidade, de 1992; Lei do Mandado de Segurança, de 2009.

O interessante desse exercício é que ele ajuda a comparar as concepções dessas leis com aquelas que, segundo o senso mais comum, formariam a base clássica do direito administrativo (e que, também pelo senso comum, seriam ainda atuais e abrangentes).

Diz o senso comum sobre direito administrativo que:

- a) a construção do interesse público é tarefa da Administração Pública, a partir de referências legais;
- b) para tanto, os administradores públicos encarnam os poderes de autoridade pública; e
- c) o Judiciário controla a ação da Administração e dos administradores públicos, e usa nisso as referências legais.

Nas leis analisadas neste ensaio surgem nuances ou transformações, que devem ser levadas em conta na compreensão do estado atual do direito do mundo público – que vem se tornando *um direito mais que administrativo*.

Em resumo, são estas as mudanças:

- a) as leis vêm atribuindo ao Judiciário a tarefa de, em concorrência com a Administração, ou em substituição a ela, construir o interesse público;
- b) o Ministério Público, as associações representativas e os administrados, como autores de ações judiciais, embora despidos de autoridade, têm, na construção judicial do interesse público, iniciativa comparável – em termos qualitativos, embora não em termos quantitativos – à dos agentes administrativos, incumbidos da construção do interesse público na esfera da Administração Pública;
- c) para aumentar a força do controle de atos e comportamentos de agentes administrativos pelo Judiciário (e pelo Ministério Público), as leis procuram de alguma maneira enfraquecer a autoridade administrativa.

## 2. Lendo Leis de Outro Modo

Além de considerar o conteúdo dos dispositivos legais e discutir racionalmente seu sentido, o que normalmente fazemos nos exercícios jurídicos, é interessante também atentar para o estilo das leis: a linguagem, o recorte, a construção de figuras, cenas e personagens. Este ensaio explora um tipo diferente de leitura de textos normativos: a leitura quase literária, que é um possível instrumento do próprio jurista, inclusive na atuação profissional, pois ajuda a entender como as normas são realmente percebidas por quem se envolve na atividade jurídica.

As leis objeto do ensaio, além de disporem sobre autoridade e interesse público, têm em comum a característica combativa. São leis de luta, servem como armas, como ficará claro no desenrolar da narrativa. Leis de luta precisam seduzir, mobilizando, atraindo alianças, enfrentando o inimigo; precisam dar muita munição para a guerra. Leis assim não funcionam se não mexem com o espírito das pessoas, os sentimentos, as emoções. Não basta ditar regras, falar à razão; é preciso lidar com a fantasia. Para isso, o estilo legislativo é decisivo.

Por que umas leis são mais felizes que outras, têm mais amigos, são mais lembradas, discutidas e mais usadas? Este ensaio explora uma hipótese instigante: a fantasia é ingrediente do sucesso normativo. Para moti-

var, em muitos textos legais há bem mais que frio conteúdo normativo; há alimento para a imaginação e emoções.

O lado sentimental é assumido claramente em preâmbulos ou considerandos (que alguns diplomas têm), os quais não são normas, mas influem em sua aplicação. Preâmbulos criam clima, atizam o espírito do leitor.

Há um preâmbulo na Constituição brasileira de 1988. O texto é meio chato. Tirado o excesso, fica assim: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático... promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. A personalização humaniza: “nós promulgamos”, ao invés de “a Assembleia promulga”. Há uma cena montada, uma festa: “reunidos, promulgamos”. Há sujeitos, uma relação complexa: “nós”, “o povo”, “Deus”. Está lá a missão: “instituir um Estado Democrático”. Arrematando, a ação de entregar a obra, “a seguinte Constituição”, o final feliz.<sup>1</sup>

Não só nos preâmbulos os sentimentos do leitor são convocados. Normas não são descrições da realidade. Elas desenham e põem em movimento um mundo que não existe. São ficções. Basta lê-las, então, com olhos literários. Por trás do palavreado técnico, começam a surgir personagens, contextos, cenas, enredos.<sup>2</sup> Isso faz a magia de certas normas ou diplomas.

<sup>1</sup> Compare com um extrato do preâmbulo do Ato Institucional nº 5, editado em 1968 pela ditadura militar brasileira: “... CONSIDERANDO que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária; CONSIDERANDO que todos esses fatos perturbadores da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por ele se responsabilizaram e juraram defendê-lo, a adotarem as providências necessárias, que evitem sua destruição; Resolve editar o seguinte ATO INSTITUCIONAL ...”. E então, leitor? Sentiu o “Movimento” do monstro sem rosto, seus “ideais superiores”, avançando, chegando, com suas “medidas” e “providências”? Você ouviu uma festa, como no preâmbulo de 1988, ou um avanço com tanques, as esteiras rolando; um ataque, com explosão final?

<sup>2</sup> Façamos um teste com uma norma qualquer. Como esta, relativa às sessões deliberativas do conselho diretor da agência reguladora das telecomunicações, a ANATEL: “Quando a publicidade puder colocar em risco a segurança do País, ou violar segredo protegido ou a intimidade de alguém, os registros correspondentes serão mantidos em sigilo” (lei 9.472, de 1997, art. 21, § 1º). É possível imaginar. A cena vem situada no tempo: “quando...”. Os conselheiros estão deliberando, numa bancada, papéis pela mesa. Há movimento, publicidade.

Normas podem apelar à *emoção*: “a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”.<sup>3</sup> O trecho nada tem de burocrático. Emprega expressões eloquentes (“asilo inviolável”), agressivas (“penetrar”), dramáticas (“desastre”, “socorro”). Cria cenas de tensão (“penetrar sem consentimento”, “flagrante delito ou desastre”), as situa no tempo (“durante o dia”).

Há normas com recursos para inspirar *solidariedade*: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.<sup>4</sup> O achado literário é o “possam permanecer com seus filhos”, que descreve o sonho básico de qualquer mãe em qualquer situação e idade, afastando a carga social negativa do termo “presidiárias”. Passando de presidiárias a mães, mesmo elas podem ter um “período de amamentação”. O preceito omite habilmente o termo “direito”, evitando qualquer associação com a ideia de “privilegio” para presidiárias, estigmatizadas socialmente. Assim, seduz.

Como se vê, há nas normas artifícios de estilo mexendo nos sentimentos e fantasias do leitor. Esses recursos não são, no campo do Direito, curiosidade marginal; são parte consciente do projeto normativo.

As leis que este ensaio analisa se consolidaram como instrumentos bem sucedidos de luta no mundo público brasileiro justamente por serem capazes de sensibilizar, mobilizar, agregar. Precisamos entender como elas fazem isso, como acionam o botão de fantasia das pessoas. Ademais, precisamos saber que projetos estavam por trás dessas leis, fazendo-as lidar de modos diversos – e inovadores, em certos casos – com as ideias de interesse público e de autoridade.

Com isso, podemos ter, do direito público brasileiro, um painel mais realista e atual, e podemos pensar nas insuficiências.

De repente, suspense (“puder...”). Algo está por acontecer. Todos franzem a testa, nervosos, graves: a segurança do País. O conselheiro arregala a vista; um segredo. Outro sorri malicioso, vira os olhos; uma intimidade. Colocar em risco? Violar? A frase vai num crescendo, com ritmo, até o ápice (o termo “alguém”). Aí, uma pausa dramática. E o desfecho, rápido: as portas são fechadas, a cena perde o som, os documentos vão para um cofre, a chave gira; o sigilo. Manter...

<sup>3</sup> CF, art. 5º, XI.

<sup>4</sup> CF, art. 5º, L.

### 3. O Interesse Público nas Mãos da Administração

Os textos normativos – Constituição, leis, regulamentos – são material de trabalho de profissionais e estudantes do Direito. A leitura não é lá totalmente saborosa. Na sequência de capítulos, artigos, parágrafos, incisos, alíneas – enfim, no conjunto –, os textos são meio pedregosos, pouco fluentes, com asperezas. Há temas também penosos, detalhes em excesso.

Em matéria legal, ler é carregar pedra, chatear-se, sempre? Nem tanto. Muitas normas desenham figuras expressivas, fascinantes. Os trechos, os fragmentos menores, costumam ser claros, e a forma em geral é culta, as obras elegantes.

Leia isto: “Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.<sup>5</sup>

É bela a ideia de “patrimônio nacional”, coletivo, não egoísta. É poético o patrimônio ser apenas “histórico”, “artístico”, imaterial; algo saído do patrimônio físico, mas diferente dele. Isso hoje pode parecer comum, mas a lei é de 1937: um conceito inovador.

O texto é enxuto, nada está sobrando. O sentido geral é límpido. Os termos têm nitidez boa (“histórico”, “artístico”, “móveis”, “imóveis”, “conservação”, “arqueológico”, “etnográfico”, “bibliográfico”). O verbo está bem posto; tente, leitor, mudá-lo de lugar, ou de tempo, e você sentirá como tudo se complica. Os adjetivos são marcantes (“excepcional valor”) e úteis (não basta o fato ser da história, tem de ser “memorável”). Há leveza na construção do conceito, com três vírgulas e um só ponto, mesmo sendo grande o número de elementos: o patrimônio é um conjunto; o conjunto é de bens de dois tipos; os bens são do país; os bens precisam ao menos uma de várias características; os bens devem ser conservados; o interesse público é o motivo da conservação.

Neste ensaio, talvez surpreendentemente, tento mostrar também que a experiência com textos normativos pode sim ser esteticamente interessante, rica. O requisito é um leitor com imaginação, que se sinta estimulado a buscar nos textos algo além de soluções imediatas e pontuais de

<sup>5</sup> Trata-se do art. 1º da Lei Nacional de Tombamento – LT, isto é, do decreto-lei 25, de 1937, que “organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”, ainda em vigor.

problemas práticos. Não é a mais incrível das literaturas, certo. Mas pode seduzir. A construção normativa busca a sedução – muito mais do que se imagina.

Isso nos reconduz à Lei do Tombamento. Todos a conhecemos, no mundo público. Mais do que isso: ela é parte forte de nossas referências simbólicas.

Você já levou seu cãozinho ao passeio do parque e reparou em quem cruza e percebe o animal? Uns olham alheios – e vão. Outros radiografam: entendem – mas vão. Aí vem uma pessoa, sorrindo, seu passo se encurta, os olhos se alargam, balançam os cantos, amigos, ficando. Só esta tem a fantasia do cão.

De algumas leis, os administrativistas temos a fantasia. A Lei do Tombamento é uma: fala à nossa imaginação, atrai, sensibiliza. Nos identificamos, sentimo-nos amigos, passeamos com ela. Não é dessas abandonadas no quintal, latindo sem comida.

O que a lei criou de relevo foi o tombamento, para proteger o que chamou de “patrimônio histórico e artístico”. Tomba-se por ato de autoridade pública – ato administrativo –, mudando o regime jurídico do bem escolhido, restringindo os direitos do proprietário, impondo-lhe deveres. É medida severa de interferência estatal na propriedade dos outros, exemplo perfeito da natureza interventiva do direito administrativo.

Como a Lei do Tombamento conseguiu atizar tanto olhar amigo, virar referência e viver por tantos anos, resistindo a tanta mudança (de Constituições, de leis, de ideias, de militâncias, de tempos)? O que ela tem de especial?

Não é fácil a resposta. Mas, na hipótese deste ensaio, ela pode estar também no estilo da lei, no modo como foi habilmente escrita, com sutileza e economia, disfarçando a autoridade e regulando seduzindo.

Como vimos, a lei, logo na primeira cena, usa de elegância para definir patrimônio histórico e artístico, e dizer que a conservação é “de interesse público”. Pronto. O administrativista foi fisgado, os olhos amigos se cruzaram: – *ah! sim... o interesse público!* Afinal, para a alma de todos nós, o bom direito administrativo é o *direito do interesse público*.

Só minutos após é que a lei vai tratar do tombamento em si, da medida de autoridade, do poder, da interferência, da restrição de direitos. Enfim, daquilo que os outros dizem que nosso direito é, nós não negamos, mas tentamos minimizar: *direito da autoridade*.

Mas é exatamente neste momento que vem um achado notável de forma: a lei não define tombamento, nem chama atenção para o ato de autoridade; ao contrário, quase o esconde. O que ela faz é ir logo tratando, com naturalidade, do regime dos bens tombados, dos efeitos do tombamento, disfarçando assim o ato de autoridade. O disfarce é delicioso: o ato administrativo de tombamento – com sua carga de deliberação e autoridade – é ocultado pela lei na simpática descrição de “inscrição do bem no livro do Tombo”<sup>6</sup>. O ato masculino de autoridade vira, assim, feminina inscrição.

Só bem depois, quando se chegou longe, o leitor já envolvido, achando tudo meio natural, é que a lei apresenta as restrições duras mesmo do tombamento. “As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial [do órgão público competente], ser reparadas, pintadas ou restauradas”<sup>7</sup>. E ainda: “Sem prévia autorização [do órgão público competente], não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto”<sup>8</sup>.

Aqui, mais uma vez, se disfarça bem o extenso poder de autoridade, tratando como discreta “autorização” (o feminino, outra vez) o ato administrativo que vai definir concretamente o quão profunda é a restrição de direitos, do proprietário e dos seus vizinhos.

Uma perfeita apropriação, pela lei, da figura que os juristas criaram para o seu direito administrativo: o interesse público na frente, sedutor e magnífico, e os poderes de autoridade administrativa por detrás, firmes mas discretos.

Não é por acaso que a Lei do Tombamento resista viva há tantos anos. Nossos olhos amigos vêm nela a fantasia do direito administrativo. Por isso, queremos protegê-la, conservá-la – como que tombada, verdadeiro patrimônio histórico.

Pois bem. Toda essa sedução foi decisiva para a lei servir de arma em um embate, uma luta dura, em campos de batalha que vão se sucedendo no tempo: a luta contra os proprietários dos bens escolhidos, caso a caso, para entrar no “patrimônio histórico e artístico nacional”. A Lei do Tombamento

<sup>6</sup> LT, art. 4º, 9º, e 10.

<sup>7</sup> LT, art. 17.

<sup>8</sup> LT, art. 18.

mento é lei de luta, arma nas mãos de autoridades administrativas especiais que tentam subjugar os proprietários, arrancando-lhes poderes e facultades de que até então dispunham. O tombamento é arma numa espécie de guerra de conquista.

#### 4. A Autoridade Administrativa na Justiça

Desde o início da República (Constituição de 1891), por influência norte-americana, adotamos no Brasil o sistema de jurisdição una, cabendo ao Judiciário julgar as ações sobre as questões administrativas, como ocorre também em outros países latino-americanos.

Mas jamais editamos lei geral com código específico para essas ações judiciais (que, em outros locais, inclusive da América Latina, são chamadas de contencioso-administrativas). Isso provavelmente decorreu da tendência brasileira de não chamar muita atenção para os privilégios da Administração em Juízo, embora eles existam.

O direito processual comum (o direito dos processos judiciais civis), junto com as leis sobre ações específicas (mandado de segurança, ação popular, execução fiscal, etc.), é que regula os processos judiciais envolvendo a Administração.

Algumas dessas leis objetivam assegurar, ao Poder Público e a suas autoridades, tratamento especial da Justiça, com pleno acatamento de sua majestade. A Lei de Desapropriação<sup>9</sup> é o caso. Seu desenho arquitetônico foi concebido para, junto com o conteúdo legal, realçar o poder da Administração; não para nublá-lo ou ocultá-lo, para firmá-lo.

Tudo fica claro já na primeira cena, nas Disposições Preliminares da lei. Ela começa falando alto: “Mediante declaração de utilidade pública, *todos os bens* poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal”.<sup>10</sup> Todos os bens! Não é pouco. A seguir, a lei enumera longamente casos de utilidade pública.<sup>11</sup> Em outras palavras: o poder é abrangente. Para logo dizer que o poder de declarar a utilidade pública é do Executivo<sup>12</sup> e que “ao Judiciário é vedado, no processo de desapropri-

ção, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.<sup>13</sup> Ademais, sem qualquer ordem judicial, desde logo “ficam as autoridades administrativas autorizadas a penetrar nos prédios” para vistorias, até com “auxílio de força policial”.<sup>14</sup> O administrador é largo, o juiz estreito.

Só depois que, por esse modo, a cena está perfeitamente montada, com sua majestade a Administração instalada no trono, a lei iniciará o outro capítulo, tratando agora do processo judicial de desapropriação (processo esse necessário para executar a medida, em caso de discordância do expropriado).

Nessa altura, pela disposição das coisas, já ficou claro o papel meramente coadjuvante que a lei deu ao juiz – e a lei insistirá nisso em seguida, ao dizer, p.ex., que, se o Poder Público “alegar urgência” e fizer um depósito prévio, “o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens”.<sup>15</sup> A norma parece indicar um juiz que apenas executa atos da Administração.

Até o fim, a lei irá repetindo a tônica de total proeminência do Poder Público. Estabelecendo p.ex., que “a contestação [do desapropriado na ação de desapropriação] só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”.<sup>16</sup> E ainda: “Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.”<sup>17</sup>

Como se vê, o conteúdo das normas, os recursos de estilo da Lei de Desapropriação, tudo tem orientação de reforço à autoridade administrativa. A lei fez da desapropriação – como antes se fizera com o tombamento – uma arma no embate da Administração com o proprietário dos bens cobiçados.

O Direito sempre protegeu – protege ainda – a propriedade de modo bem forte e muito especial. O proprietário, rei em seu domínio; para desalojar o rei e tomar o reino, só a guerra. Daí se haver fabricado para a desapropri-

<sup>13</sup> LD, art. 9º.

<sup>14</sup> LD, art. 7º.

<sup>15</sup> LD, art. 15. Como bem observa o prof. Henrique Motta Pinto, é interessante que este artigo, embora reduzindo o juiz a um quase executor de decisão anterior da Administração (a alegação de urgência, para fins de imissão), não se esquece de dizer que o juiz tem autoridade sobre o expropriado, isto é, que o juiz manda (“o juiz mandará imiti-lo”).

<sup>16</sup> LD, art. 20.

<sup>17</sup> LD, art. 35.

<sup>9</sup> Decreto-lei 3.365, de 1941 – LD, que “dispõe sobre desapropriação por utilidade pública”.

<sup>10</sup> LD, art. 2º, *caput*.

<sup>11</sup> LD, art. 5º.

<sup>12</sup> LD, art. 6º.

priação uma lei de luta. Até a poderosa Administração e suas autoridades pareceram precisar de reforço; a lei tomou providências.

Os exemplos que vimos até aqui, das Leis do Tombamento e da Desapropriação, estão perfeitamente alinhados com o senso comum sobre direito administrativo, segundo o qual a Administração Pública é quem constrói o interesse público (definindo, p.ex., que bens serão protegidos pelo tombamento), o que justifica o exercício de poderes especiais pelas autoridades administrativas (como o de declarar a utilidade pública de bens a serem desapropriados ou o de declarar a urgência da desapropriação).

Mas a situação é diversa em duas outras leis: a Lei do Mandado de Segurança<sup>18</sup> e a Lei da Improbidade.<sup>19</sup> À primeira vista, leis algo insípidas, tratando de formalidades, de tramitações judiciais. Mas há nelas algo especial, que vai além, com valor simbólico.

Quem cuida das coisas públicas encarna e exerce autoridade, com os poderes correspondentes. Essa ideia tem sido, em todos os tempos, prevista pelas normas. Mas, no direito público contemporâneo, passou a existir um local onde a autoridade pode perder a majestade: a Justiça. Daí se valorizar tanto o controle judicial na defesa eficaz dos direitos das pessoas e também no combate aos abusos contra as coisas públicas.

<sup>18</sup> Lei 12.016, de 2009 – LMS, que “disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências”. Embora seja uma lei recente, seu conteúdo é fruto da história legislativa e jurisprudencial do tema, não havendo muitas diferenças estruturais em relação à lei anterior, que era de 1951. Diplomas normativos que viram emblemáticos das várias áreas do direito, inclusive do direito público, tendem a ser pouco autorais, não se destacando (normalmente) pelo inusitado, pela originalidade da criação. Eles se ligam a tradições, repetindo dos antecessores a estrutura, a terminologia, frases inteiras. São fruto de mutação parecida à de obras literárias antigas que ficam clássicas, vão sofrendo modernizações e traduções, atendendo à necessidade e gosto de públicos modernos. O exemplo inevitável é *As Mil e Uma Noites*, já na origem colagem de textos, desdobrado depois, pelos tempos, em versões, de infinitos tipos e línguas; mesmos personagens e enredos, essência comum, alterados para durar. O que eles têm de novo, em geral, é acréscimo e variação. A Constituição brasileira de 1988, p.ex., embora normalmente seja estudada pelo ângulo das novidades que introduziu, em boa parte é edição revista, adaptada, corrigida e aumentada de textos anteriores, que se substituíram regularmente, com semelhanças (Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969).

<sup>19</sup> Lei 8.429, de 1992 – LI, que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

O especial das Leis do Mandado de Segurança e da Improbidade é o modo como foram concebidas, nesse objetivo de reforçar a atuação judicial. Ambas as leis são muito expressivas, porque desconstroem a majestade da própria autoridade administrativa, fragilizando-a, para sentá-la no banco dos réus. Nessas leis, a autoridade não é nada. E o impacto dessas leis se deve muito à capacidade de, com recursos de estilo, mexerem com a imaginação dos leitores, suprimindo a majestade do poder.

Como assim?

Se alguém quer atacar judicialmente ato estatal usando um meio comum, a ação é proposta contra o próprio Estado. Mas a coisa é diferente se a ação for o mandado de segurança: ela é contra o ato em si, e indiretamente contra a autoridade. Portanto, um ataque bem diverso: ao invés de afrontar-se o Estado, contesta-se a pessoa da autoridade, combatendo seu ato.<sup>20</sup> Diz a lei: “Conceder-se-á mandado de segurança ... sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa ... sofrer violação ... *por parte de autoridade...*”.<sup>21</sup> A fórmula não é fortuita: na descrição da lei, a violação é obra da pessoa da autoridade, não do Estado.

Bem a propósito, a autoridade responsável pelo ato será tratada pela lei com esta designação depreciativa: “autoridade coatora”.<sup>22</sup> Não como “autoridade competente” ou “responsável”, nem mesmo como “requerida” ou “acusada”, mas como alguém que coage; “autoridade coatora”, nada menos que isso.

Despida assim de sua majestade, a própria autoridade é quem deve responder pessoalmente ao juiz,<sup>23</sup> aparecendo diminuída frente a ele, que lhe dá ordens diretas.<sup>24</sup> E, se a ordem judicial não é executada tal e qual pela autoridade, esta é perseguida penalmente, por “crime de desobediência”.<sup>25</sup> Uma autoridade sem qualquer majestade.

<sup>20</sup> O estilo forense habitual para a petição de impetração é este: “fulano das tantas vem impetrar mandado de segurança contra o ato tal, praticado pela autoridade qual...”.

<sup>21</sup> LMS, art. 1º, *caput*.

<sup>22</sup> LMS, art. 2º e outros.

<sup>23</sup> LMS, art. 7º, I.

<sup>24</sup> LMS, art. 7º, III e 13, *caput*.

<sup>25</sup> LMS, art. 26.

Vamos agora à outra, a Lei da Improbidade. A ação de improbidade é meio para combater judicialmente “atos de improbidade praticados por qualquer agente público”.<sup>26</sup>

A lei inicia com singelo dispositivo, de aparência óbvia, impondo diretamente deveres aos agentes públicos. Eis o texto: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos”.<sup>27</sup>

À primeira vista, simples repetição de dispositivo da Constituição.<sup>28</sup> Mas há um truque. A norma constitucional havia falado de princípios da *Administração Pública*, ser abstrato e complexo, sem especificar o significado preciso de cada um deles (o que é “imoralidade”?), tampouco as consequências de sua não observância (o que acontece em cada caso se a entidade *Administração Pública* não segue a “moralidade” ou a “impessoalidade”?).

Já a Lei da Improbidade criou dever individual, para cada agente público – para logo mais puni-lo pessoalmente. E não apenas o dever de obedecer diretamente aos princípios, e sim o de “velar pela estrita observância” de todos eles (quer dizer: o agente tem de vigiar e, ainda, influir nos outros agentes). A linguagem é forte, expressiva, intimidadora. Impõem-se deveres graves para o agente público. Deveres amplos, só que indeterminados e que têm de ser cumpridos *estritamente*.

Mas como cumprir dever tão colossal? O que significa, na prática, velar pela observância *estrita* da moralidade, algo aberto e amplo – ou mesmo da legalidade? A lei não quis saber. Ela não quis, portanto, delimitar exatamente deveres para facilitar seu cumprimento. Quis deixá-los pastosos, difíceis de definir e identificar. Qual a razão? É para alguém, depois, poder dizer ao agente: não cumpriu, não cumpriu!

O que vale destacar aqui é o impacto desse dispositivo na arquitetura geral da Lei da Improbidade. A lei dá dever tão impressionante ao agente

público apenas para, em seguida, punir, punir, punir (improbidade, improbidade, improbidade!).

O agente não é tratado como autoridade, nem se fala em prerrogativas ou proteções em virtude das peculiaridades da função. O agente está só. Além disso, a lei não o trata como gestor, alguém com meios limitados e muitos obstáculos para, na vida prática, realizar objetivos públicos. Para a lei, ele é devedor, e pronto: a dívida é a estrita observância de uns princípios. Dever que o fragiliza: em primeiro lugar, por sua extensão; ainda, pela imensa dificuldade de mostrar em cada caso – ônus sempre dele, agente – que conseguiu cumpri-lo. Em suma, o agente está só e está fraco.

E o que vem depois no texto da Lei da Improbidade?

Em seu núcleo, ela se limita a enumerar os pecados da improbidade, em três artigos muito longos, cujo texto é menos para especificar e precisar que para apanhar e abranger. São como deixas para o improvisado, dedo em riste, em cena de acusação, cheia de ira santa. Pode-se cometer improbidade por “enriquecimento ilícito”, por “prejuízo ao erário” ou por violação dos “princípios da Administração Pública”.<sup>29</sup> Os preceitos que explicam esses conceitos são, em boa parte, vagos e abertos.

O texto legal não se preocupa muito com circunstâncias da gestão administrativa, com exceções, excludentes ou atenuantes. Só quer incluir o máximo de condutas na fórmula “improbidade” (assim, pela extensão ou vagueza dos termos, se o agente não cometeu um pecado, há de ter cometido algum outro). Por fim, vem a lista das penas: conjunto terrível, sem muita gradação, incluindo perda de bens e da função pública, suspensão de direitos políticos, multa, ressarcimento, etc.<sup>30</sup>

Em suma, na Lei da Improbidade, para a autoridade, nenhuma simpatia, nenhuma solidariedade, nenhuma condescendência, nenhuma majestade. É a autoridade finalmente ali, no banco dos réus, com seus pecados, ameaçada pelo fogo. Essa é a imagem criada pela lei, que se concentrou em desenhar esta cena, e (quase) nada mais.

A imagem é estupenda, pela banalidade. A visão e o sonho do homem comum colocados em letra de lei. Para o popular, nas ruas, a autoridade pode tudo, sabe tudo, capaz de tudo, responsável por tudo (o que explica o preceito da Lei da Improbidade dando ao agente o infinito dever de zelar

<sup>26</sup> LI, art. 1º, *caput*.

<sup>27</sup> LI, art. 3º.

<sup>28</sup> Art. 37, *caput*, em sua redação atual: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”. A eficiência não estava no texto da norma constitucional à época da Lei da Improbidade, pois foi introduzida pela Emenda Constitucional 19/98.

<sup>29</sup> LI, 9º a 11.

<sup>30</sup> LI, art. 12.

por princípios). Como, apesar disso, o mundo jamais funciona como deve, a culpa é naturalmente da autoridade (e é isso que afinal dizem as linhas e linhas de tipos de improbidade escritas na lei, para responsabilizar a autoridade). Por isso, a vingança é necessária, dura e cruel (aí vêm as penas da Lei da Improbidade).

Em suma, lei lugar comum. O homem comum a entende e ama.

Só faltava a tropa. A lei não se esqueceu dela. O autor por excelência da ação de improbidade – não o único possível, o mais viável – é o Ministério Público,<sup>31</sup> que a lei põe no centro de todos os acontecimentos de investigação e perseguição, verdadeiro herói vingador, com todos os instrumentos e possibilidades, sem matizes ou limitações.<sup>32</sup>

A intensa judicialização em torno das questões públicas, que em tantos países é fenômeno do século XX, aqui no Brasil esteve, no início, muito dependente do mandado de segurança, campeão da defesa individual de direitos. A ele vieram se juntar, nos últimos anos, a ação civil pública (referida mais adiante neste ensaio) e, após, a ação de improbidade, ambas instrumentos formidáveis para o Ministério Público fustigar autoridades. É o sólido tripé de ações que, com surpreendente facilidade, têm não só colocado o Estado e as autoridades no banco dos réus, como estimulado juízes a interferir sempre mais e mais na gestão pública.

O uso crescente dessas ações tem a ver, certo, com o conteúdo do regime que a lei lhes deu, estimulando e facilitando o ingresso em juízo, e aumentando os poderes do juiz. Tem a ver igualmente com fenômenos políticos mais gerais.

Mas não só isso.

O prestígio dessas ações judiciais, e o modo como são usadas, deve-se também à arquitetura das leis específicas. É bem mais forte a lei totalmente concentrada em “punir abusos”, como a Lei da Improbidade, do que simples capítulo em lei mais genérica e dosada (como, p.ex., na Lei dos Servidores Federais<sup>33</sup>). O prestígio se deve, igualmente, ao modo expressivo como as personagens são caracterizadas (a autoridade coatora no mandado de segurança). Deve-se, ainda, à linguagem legal de valor altamente

<sup>31</sup> LI, art. 17.

<sup>32</sup> LI, arts. 14 a 17, art. 22.

<sup>33</sup> Lei 8.112, de 1990, que “dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, arts. 116 a 182.

simbólico. O termo *improbidade*, p.ex., tão forte, faz da acusação a porta do inferno. Sem esses recursos de estilo, as leis não seriam as mesmas, nem teriam o mesmo apelo.

A Lei do Mandado de Segurança é lei de luta dos particulares, enfrentando “abusos” contra seus “direitos”; arma para embate contra autoridades, no campo de batalha da Justiça. A lei é para isso. A arquitetura legal, a construção de personagens e a linguagem expressiva ataçaram a fantasia. E a lei ficou bem feita: é capaz de animar a resistência, influir nos juízes, pressionar autoridades.

A Lei da Improbidade é lei de luta do Ministério Público, nos “abusos” contra a “coisa pública”. A lei é para isto: para atacar, na Justiça, quem lida com a coisa pública. Tudo nela é para mobilizar promotores, seduzir juízes e a opinião pública, assustar autoridades. Lei bem armada, cheia de imaginação.

O que importa agora destacar é que embora, para o senso comum sobre direito administrativo, seja perfeitamente natural a existência de controle judicial de legalidade sobre a ação administrativa, ele não registra, como deveria, a tendência radical de algumas leis (Mandado de Segurança e Improbidade), de diminuir os agentes administrativos, com o consequente fortalecimento dos juízes (em alguma medida também do Ministério Público). Para essas leis, ao contrário de outras (as do Tombamento e da Desapropriação) a construção do interesse público exige justamente a fragilização dos administradores – e, em certo sentido, da Administração – e a outorga, a agentes externos a ela, da função de construir o interesse público.

## 5. O Interesse Público nas Mãos da Justiça

Minha tese é que o senso comum subestima o papel desses agentes não administrativos (juízes e promotores), ao descrevê-los apenas como controladores. Algumas leis parecem querer mais, pois procuram aparelhar esses agentes para serem ativos, presentes, fortes e, assim, disputarem com os administradores a realização do interesse público. Para essas leis, o direito do interesse público não deve ser um simples direito administrativo (no sentido de direito da Administração), e sim um direito mais que administrativo.

Vimos as Leis do Tombamento e da Desapropriação e o modo como elas resolveram a defesa dos interesses públicos, pondo-os nas mãos da Admi-

nistração. Pois outra lei, bem posterior, embora com propósitos parecidos, optou por meio diverso. Refiro-me à Lei da Ação Civil Pública.<sup>34</sup>

O que o conteúdo legal trouxe de novo, comparado à Lei do Tombamento e outras parecidas?

Uma explosiva diferença. Na Lei do Tombamento, o interesse público é assunto da esfera administrativa, isto é, da Administração Pública, agindo por atos e processos administrativos. Claro que, como vimos, esses atos podem ser controlados pelo Judiciário, e o mandado de segurança é meio para isso. (O esquema é: a Administração cuida do interesse público e o Judiciário controla a Administração.)

A Lei da Ação Civil Pública fez uma revolução, discreta em sua origem. Criou instrumentos para o Judiciário disputar de verdade com a Administração o papel que ela desempenhava no cuidado do interesse público.

A fórmula é simples. A lei enumera um largo leque de interesses públicos a proteger com a ação civil pública: “meio ambiente”, “consumidor”, “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, “ordem econômica”, “economia popular”, “ordem urbanística”.<sup>35</sup>

A seguir, a lei prevê que tanto o Ministério Público (ele, de novo, cada vez mais importante) como outros sujeitos (as associações representativas, p.ex.), podem, em nome da sociedade, propor ação civil pública,<sup>36</sup> pedindo que o juiz tome decisões, urgentes ou não, em favor desses interesses indicados pela lei.

Aqui, os poderes do juiz são bem amplos. Ele pode impor “condenação em dinheiro”, ou “obrigação de fazer ou não fazer”,<sup>37</sup> determinando “o cumprimento da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação e multa diária”.<sup>38</sup> O juiz

<sup>34</sup> Lei 7.347, de 1985 – LACP, que “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, e paisagístico, e dá outras providências”.

<sup>35</sup> Essa lista é a atualmente vigente, com modificações feitas ao art. 1º da LACP por leis posteriores.

<sup>36</sup> LACP, art. 5º.

<sup>37</sup> LACP, art. 3º.

<sup>38</sup> LACP, art. 11.

pode também adotar medidas para “evitar o dano”,<sup>39</sup> concedendo “mandado liminar, com ou sem justificação prévia”.<sup>40</sup>

A beneficiária dessas decisões será a sociedade em geral (isto é, as decisões terão efeitos “erga omnes”).<sup>41</sup> Serão rés da ação todas as pessoas e entidades, estatais ou não, que devam cumprir as decisões tomadas pelo juiz em nome desses interesses públicos.

Comparado com o esquema anterior, ele agora é mais ou menos assim: o Ministério Público e o Judiciário cuidam do interesse público e, quando for o caso, a Administração executa as decisões.

A Lei da Ação Civil Pública é curta,<sup>42</sup> relativamente trivial, com aparência de simples apanhado de regras de processo civil (quem propõe a ação, o que pode pedir, como é a decisão, seus efeitos, e pouco mais). Mas ela mudou o direito e a gestão pública de forma impressionante. A partir dela, a Justiça foi sendo intensamente acionada para discutir demandas de políticas públicas, para todo tipo de pressão contra órgãos públicos ou contra particulares, para medidas interventivas variadas, indenizações, e assim por diante.

O foro judicial se politizou, a Administração e o Legislativo perderam claramente o monopólio do interesse público. Mais um capítulo da instigante judicialização da vida.

Quanto ao estilo, a lei é discreta e singela, algo decisivo na estratégia de aprovação e na sua posterior consolidação. Mas uma dúvida intriga. Como, a partir da lei, os membros do Ministério Público<sup>43</sup> foram levados a propor tantas ações civis públicas, em tantos assuntos diferentes, transformando-as, assim, em instrumento fundamental da vida pública brasileira?

Atente para este artigo da Lei da Ação Civil Pública, aparentemente banal, sobre burocracias:

“Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil,

<sup>39</sup> LACP, art. 4º.

<sup>40</sup> LACP, art. 12, *caput*.

<sup>41</sup> LACP, art. 16.

<sup>42</sup> 23 artigos.

<sup>43</sup> Promotores de justiça nos Ministérios Públicos Estaduais e procuradores da república no Ministério Público Federal. A seguir, por mera facilidade, falo apenas em promotores.

promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidas, sob pena de incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.”

Lido com sensibilidade, o texto da lei envolve. Há enredo, cenas em sequência (são cinco, no *caput* e nos 4 parágrafos), suspense (perceba no § 2º: “até que...”; será que sim, será que não?).

A tensão é exasperante. A primeira personagem é um promotor no limite. Ele parece ter esgotado todas as diligências. O drama é este, pessoal: há um promotor que se convenceu de algo. O texto podia ter dito “se, esgotadas as diligências, não existir fundamento para a propositura”. Faria referência a situação objetiva, aceitaria como verdadeiro – ao menos natural – o juízo do sujeito. Mas não. A lei é clara: foi ele, o promotor, quem se convenceu. Ele está sozinho, a lei não está com ele. Surge a intriga: o que o convenceu?

O verbo esgotar, nesse trecho, é notável, pois refere a totalidade das providências que tomou, mas também sugere um sujeito esgotado, exaurido. Há ambiguidade ainda em “diligências”: são “providências”, mas ao fundo fica ecoando o adjetivo “diligente” (o promotor deve ser diligente, diligente, muito diligente). Tanto em “esgotar”, como em “diligências”, há mera sugestão, tênue, de que é do sujeito que se está falando. O efeito é colocar sutilmente em xeque o comportamento do promotor. Estava esgotado, e por isso desistiu? Foi mesmo diligente? É um vilão?

A lei é muito severa com o promotor. Ela onera: “promoverá o arquivamento ... fazendo-o *fundamentadamente*”. Ela desautoriza: – *Arquivou? Pois “desarquive” e, em 3 dias, remeta à autoridade mais alta.* Ela ameaça: “falta

grave”! Ela humilha: o sujeito é mero “órgão”, e em minúscula; o mais alto tem nome próprio, em maiúscula: Conselho Superior do Ministério Público.

A lei põe o vilão frente a três inimigos. O primeiro é um crítico, a associação (de consumidores, ambientalistas, etc.), que o pode atacar a qualquer tempo, até o momento final. O segundo é um censor, o Conselho Superior, que o submete “a exame”, para resolver se a decisão será “homologada ou rejeitada” (“rejeitar” é verbo duro, que acusa; ao contrário de “homologar”, que é neutro, passivo). O último inimigo é o concorrente, o herói substituto, o promotor confiável, designado “desde logo” (a urgência de um herói); ajuizando a ação, ele repara o mal do vilão.

Note que a solução legal – a mensagem em si da norma – já estimulava promotores a propor o máximo de ações: quem ajuizar não tem ônus, não faz falta grave, não é censurado; quem não ajuizar corre riscos. Só que o redator da lei achou insuficiente o estímulo racional. E então, com recursos literários, mexeu nos sentimentos: impulso, temor, indignação, vergonha, heroísmo. Construiu peça literária, um miniconto. Essa solução ficcional botou fogo nos membros do Ministério Público; daí veio o incêndio da judicialização.

A Lei da Ação Civil Pública é mais uma no quebra-cabeça de leis de luta. Ela não surgiu para definir, precisar, delimitar os interesses públicos. Nela, não há normas com essas exatidões (que ficaram ou para outras leis e normas – ou diretamente para a decisão do juiz, dependendo da disposição que ele tenha para criar direito novo). A lei nasceu para por armas na defesa desses interesses, para equilibrar forças, para reforçar o ataque. É lei de luta. Nisso se esgota.

É fascinante comparar a Lei da Ação Civil Pública com outras (como a Lei do Tombamento), que dão competências para a Administração realizar o interesse público. São projetos normativos completamente diferentes, derivados de visões diversas sobre o modo de tomar decisões públicas, sobre a participação dos atores sociais, sobre os estímulos para o equilíbrio de interesses, etc. A comparação mostra o mundo jurídico em eferescência, mudando radicalmente; enfim, mostra o surgimento de um direito mais que administrativo.

A comparação de outras duas leis serve para mostrar o mesmo movimento de transformação.

A Lei de Intervenção Econômica, do período populista, de 1962, anuncia, logo em sua ementa, o objetivo de “assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo”.<sup>44</sup> (A Administração, o Poder, defendendo a liberdade do povo.) A lei confere à Administração uma série longa e impressionante de competências interventivas sobre o mercado e as empresas, e a seguir descreve com minúcia os possíveis comportamentos ruins desses sujeitos, ameaçando puni-los. Discurso político: uma grande causa (o povo), a ação do herói (a Administração), as baixezas do vilão (o mercado).

Mas são bem outras a forma e a linguagem do Código de Defesa do Consumidor, de 1990.<sup>45</sup> O texto, extenso, vai conferindo direitos e mais direitos aos consumidores, e impondo deveres e limitações aos fornecedores; menciona, rápido, sanções administrativas e penais; e arremata disciplinando demoradamente as ações judiciais para a defesa do consumidor em Juízo (ações essas que, no geral, são justamente ações civis públicas, com associações ou Ministério Público substituindo os consumidores).

Ao contrário da Lei de Intervenção, em que há “povo” como motivo da ação, mas não como sujeito dela (o sujeito é a Administração), no Código há pessoas concretas, “consumidores”, sujeitos eles próprios de direitos. No estilo da Lei de Intervenção, as empresas não são propriamente sujeitos de deveres, mas autoras de infrações; no Código, são uma coisa e outra. Na Lei de Intervenção, o Poder Público (a Administração) é que é tudo. No Código do Consumidor, ele existe, mas é coadjuvante: agora há, sobretudo direitos explícitos para as pessoas; há credores e devedores. E os direitos serão concretizados mesmo é com luta, na Justiça. Não são concessões da autoridade administrativa.

Duas leis, duas obras bem diferentes, embora sobre mesma temática de base: luta no mundo da economia. Diferem a *personagem principal* (a Administração Pública, na Lei de Intervenção; o consumidor, no Código); a *ação* (na Lei, a Administração intervém, salva e pune; no Código, consumidores organizados lutam judicialmente com os fornecedores e melhoram sua vida) e a linguagem (na Lei, há “povo” e “intervenção”; no Código,

há “direitos do consumidor” e “defesa em Juízo”). Ambas leis de luta, ambas as lutas no mesmo campo – mas os contendores e as armas não são idênticos.

No quebra-cabeça de obras influentes no mundo público da economia no século XX, devem estar as duas leis: a Lei de Intervenção Econômica, símbolo da Administração interventora, e o Código de Defesa do Consumidor, marco da era dos direitos e da judicialização. O relevo dessas obras tem a ver, claro, com seu conteúdo normativo, mas também com o impacto de seu estilo. As personagens estão bem construídas, o sentido da ação é nítido, a linguagem compatível. Ambas atizam a fantasia, seduzem, inspiram. Isso fez dessas leis obras bem sucedidas de projetos normativos diferentes.

## 6. Conclusão: um Direito mais que Administrativo

O senso comum sobre direito administrativo, a que me referi no início deste ensaio, está hoje em relativo descompasso com leis influentes, muito especialmente a Lei da Ação Civil Pública e o Código do Consumidor. Os exemplos legais mostram transformação profunda no Direito, um novo papel para a Justiça – e para seu parceiro, o Ministério Público. Estão de algum modo estremecidos a Administração Pública e o seu tradicional direito administrativo.

É preciso pensar no futuro. Não só no futuro do conhecimento jurídico sobre o mundo público, coisa de juristas, como no futuro da própria legislação, coisa da política. Será que algo deve mudar nas teorias que utilizamos no direito administrativo, muito especialmente sobre construção do interesse público, exercício da autoridade e papéis dos Poderes do Estado? Existem insuficiências na legislação atual, por haver introduzido inovações estruturais sem chegar ao ponto de equilíbrio?

Discutir essas questões é fundamental para o desenvolvimento jurídico, e de fato os especialistas têm se debruçado crescentemente sobre elas. Este ensaio não pode entrar a fundo nisso, pois sua contribuição era apenas a de pesquisar a legislação, para saber se ela estaria ou não avançando por caminhos ainda não registrados plenamente por nosso senso comum jurídico-administrativo.

De qualquer modo, como conclusão, registro cinco impressões que, a meu ver, devem ser levadas em conta na discussão sobre a necessidade de renovação teórica ou de melhoria legislativa:

<sup>44</sup> Lei Delegada 4, de 1962, que “dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo”.

<sup>45</sup> Lei 8.078, de 1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”.

- a) estão em crise, porque leis de alto impacto parecem tê-las abandonado, as ideias elaboradas historicamente, a partir do princípio de Separação dos Poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário), para determinar o modo e limite da atuação judicial nas questões públicas;
- b) em virtude dessas tendências legislativas, o direito do interesse público não pode mais ser entendido como o direito apenas da Administração Pública (direito administrativo), devendo ser objeto de disciplina mais ampla, que aborde a construção do interesse público também na esfera judicial (um direito mais que administrativo, um amplo direito público);
- c) do mesmo modo que o direito administrativo histórico procurou impedir a ineficiência e o arbítrio administrativos, o novo direito público teria de ser capaz de regular consistentemente a construção do interesse público nos processos judiciais, impedindo o arbítrio e a ineficiência dos órgãos e agentes judiciais;
- d) do mesmo modo que, para coibir possíveis abusos (contra os direitos individuais e as coisas públicas), as leis fazem os agentes administrativos ser tratados na Justiça sem qualquer majestade – e mesmo com desconfiança –, o novo direito público teria de possuir elementos suficientes para coibir os abusos de iniciativa das pessoas e órgãos que, por serem legitimados a provocar o Judiciário (ex.: Ministério Público), se tornaram agentes da construção do interesse público;
- e) todavia, as leis que fizeram dos processos judiciais um novo foro da construção do interesse público não mostraram especial cuidado em criar sistema capaz de, em relação às questões públicas, coibir o arbítrio e a ineficiência judiciais e o abuso de iniciativa dos autores das ações. É hora de melhorar isso.

Caso o leitor queira conhecer uma proposta diferente de melhoria legislativa inspirada pelo diagnóstico aqui apresentado, sugiro a leitura do capítulo “Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle”, no livro *Contratações públicas e seu controle*<sup>46</sup>. A proposta, apresentada por mim e pelo prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, é de incluir nove artigos na “Lei de Introdução às Normas do Direito Bra-

sileiro” (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), com o declarado propósito de tratar de segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público. Em linhas muito gerais, os artigos tratam do seguinte: de impor o dever de medir consequências nas decisões públicas, de fazer a realidade administrativa ser considerada na interpretação e na aplicação do direito, da transição jurídica nas decisões públicas, dos compromissos na aplicação do direito público, da ação de declaração *erga omnes* de validade administrativa, da segurança jurídica na revisão de validade, da regularização de situação administrativa inválida, da responsabilidade e segurança jurídica dos agentes públicos, do dever geral de a Administração fazer consulta pública para atos normativos e da compensação de malefícios do processo. Essa simples enunciação não é suficiente, claro, para se ter ideia do conteúdo das normas sugeridas e de sua justificativa. Portanto, leia o nosso texto e vamos debater.

<sup>46</sup> Carlos Ari Sundfeld (organizador), S.Paulo, Malheiros, 2013, pp. 277 e ss.