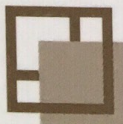


DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS

carlos ari
sundfeld



sociedade
brasileira
de direito
público

sbdp



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

- Parcerias Público-Privadas (sbdp)/Direito GV/Malheiros Editores, São Paulo, 2ª ed., 2011) – Coord. CARLOS ARI SUNDFFELD*
- Direito das Concessões de Serviço Público – Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral) (sbdp)/Malheiros Editores, São Paulo, 2010) – EGON BOCKMANN MOREIRA*
- Concessão (sbdp)/Malheiros Editores, São Paulo, 2010) – VERA MONTEIRO*
- Comentários à Lei de PPP – Fundamentos Econômico-Jurídicos (sbdp)/Malheiros Editores, São Paulo, 1ª ed., 2ª tir., 2010) – MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO e LUCAS NAVARRO PRADO*
- Estatuto da Cidade (sbdp)/Malheiros Editores, São Paulo, 3ª ed., 2010) – Coords. ADILSON ABREU DALLARI e SÉRGIO FERRAZ*
- Jurisprudência Constitucional: como Decide o STF? (sbdp)/Malheiros Editores, São Paulo, 2009) – Orgs. DIOGO R. COUTINHO e ADRIANA M. VONVODIC*
- Direito Administrativo Econômico (sbdp)/Malheiros Editores, São Paulo, 1ª ed., 3ª tir., 2006) – Coord. CARLOS ARI SUNDFFELD*
- As Leis de Processo Administrativo – Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998 (sbdp)/Malheiros Editores, São Paulo, 1ª ed., 2ª tir., 2006) – Coords. CARLOS ARI SUNDFFELD e GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ*
- Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo (sbdp)/Malheiros Editores, São Paulo, 1ª ed., 2ª tir., 2003) – Coords. CARLOS ARI SUNDFFELD e CASSIO SCARPINELLA BUENO*
- Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais (sbdp)/Malheiros Editores, São Paulo, 2ª ed., 2003) – Coords. CASSIO SCARPINELLA BUENO e PEDRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO*
- 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 SUNDFFELD*
- Direito Global (sbdp)/School of Global Law/Max Limonad, São Paulo, 1999) – Coords. CARLOS ARI SUNDFFELD e OSCAR VILHENA VIEIRA*

CARLOS ARI SUNDFFELD

**DIREITO ADMINISTRATIVO
PARA CÉTICOS**

DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS
© CARLOS ARI SUNDFELD

ISBN: 978-85-392-0088-7

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
03.2012

Para ARY e ZEZÉ.
Para ROBERTA, TÍCIANA e ADRIANO.

Capítulo 6 – “Em defesa da ação normativa da Administração”, elaborado em 2011 para o *Liber Amicorum* para Celso Lafer, coordenado pelos professores Luiz Olavo Batista e Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Capítulo 7 – “A Administração Pública na era do direito global”, em Carlos Ari Sunfeld e Oscar Vilhena Vieira (coords.), *Direito Global*, São Paulo, Max Limonad, 1999, pp. 157-168.

Capítulo 1

CONVERSANDO SOBRE DIREITO ADMINISTRATIVO

1. Introdução. 2. A cultura comum do direito administrativo está nos livros. 3. Algumas categorias iniciais do direito administrativo. 4. Noções que inovaram o direito administrativo. 5. Soluções práticas que vieram do direito positivo. 6. Ideias gerais que transitam no direito administrativo. 7. As leis que fazem a cabeça do administrativista. 8. Nasce o direito administrativo: um regime jurídico. 9. O direito administrativo ao nascer: um direito especial, oposto ao privado. 10. O direito administrativo hoje: muitos regimes jurídicos, uma cultura comum. 11. Que normas importam para o administrativista? 12. O administrativista como profissional do Direito. 13. Cuidado com os profissionais do Direito! 14. O que mais há na cabeça do administrativista? 15. O que o administrativista teme? 16. O direito administrativo, uma caixa de ferramentas. 17. Por que as pessoas divergem sobre o princípio de legalidade? 18. Mais para cá ou para lá? 19. Os autores brasileiros que fizeram a cabeça dos administrativistas. 20. O começo francês do direito administrativo brasileiro. 21. Depois uma influência norte-americana. 22. Aí ele cresce e se diversifica junto com a Administração e seus controles. 23. Depois vem a ênfase nos direitos dos administrados. 24. Hoje, um direito em reforma.

1. Introdução

O direito administrativo é a atividade profissional de uma multidão de pessoas pelo mundo. São pessoas que vivem de inventá-lo e aplicá-lo. Elas são a personificação do direito administrativo: sabem como praticá-lo, usam sua língua, afeiçãoaram-se a seus lugares-comuns. Mas não só isso: creem em sua função superior, em sua transcendência.

O objetivo deste ensaio não é ensinar direito administrativo. Para isso servem os livros de referência (manuais, cursos, tratados), que vão desfiando e atualizando, em capítulos, seu tradicional repertório

de classificações e conceitos, enquanto passeiam pelos tópicos centrais da legislação administrativa, infinita.

O objetivo também não é racionalista: não é buscar a definição essencial, que ponha ordem no caos — pela revelação, simples e luminosa, de que o direito administrativo forma um sistema, uma ordem racional. Isso é o objetivo teórico assumido por muitos intelectuais do direito administrativo, cujas propostas têm interesse mesmo é para seus colegas.

Este ensaio ocupa-se do *que pensam* e do *como agem* os profissionais do direito administrativo no Brasil contemporâneo. O objetivo é facilitar o diálogo com eles para as pessoas que, por razões práticas, precisam influenciá-los, enfrentá-los, seduzi-los, compreendê-los — quem sabe até aceitá-los.

2. A cultura comum do direito administrativo está nos livros

Para entender mesmo o direito administrativo, claro que este texto será pouco. Aí você terá de recorrer aos tais livros de referência. Neles você encontrará várias coisas.

O mais impressionante, em um bom livro, é a exposição de um sistema racional, arquitetônico, bem organizado. Mas não perca tempo com isso: é entretenimento para juristas.

Você também verá indicados os textos normativos em vigor sobre a Administração Pública, sobretudo normas constitucionais e leis. Isso é informação: tome nota.

Você encontrará, ainda, referências às orientações predominantes dos juízes (*jurisprudência*) e dos juristas sobre dúvidas específicas já muito debatidas. Fique atento, pois isso também é informação: a jurisprudência e os juristas são normalmente levados em conta na tomada de novas decisões. Mas não se esqueça: essas orientações podem ser rediscutidas, com bons argumentos.

O mais que esses livros contêm é discurso, na língua que identifica o administrativista e que ele usa para debater os casos novos. São ideias gerais, frases, expressões e palavras sobre o mundo da Administração Pública. É daí que os profissionais, independentemente do lado que defendam, tiram os argumentos para tentar convencer os outros a aceitarem suas conclusões. Aqui, olho vivo!

A transmissão da cultura do direito administrativo, seguindo uma tradição antiga, tem sido realizada por esses livros de referência, escritos por juristas especializados. Eles se destinam ao uso tanto de estudantes — essa disciplina é obrigatória nas faculdades de Direito (advogados públicos e privados, juízes, membros dos Tribunais de Contas e do Ministério Público etc.) e outros que trabalham na Administração (*agentes públicos*) ou para ela.

Nesses livros, invariavelmente, o direito administrativo é apresentado como ramo de uma ciência mais ampla (a *ciência jurídica*), construído a partir de um sistema relativamente rígido e atemporal de classificações, conceitos e princípios. Mas será que ele é um sistema, mesmo?

3. Algumas categorias iniciais do direito administrativo

No caso brasileiro, as fontes iniciais desse sistema teórico foram basicamente as elaborações de juristas franceses e italianos do final do século XIX e início do século XX. Elas ainda são visíveis nos livros de referência — e em boa medida responsáveis por suas semelhanças.

Fazem parte disso noções como *função administrativa*, *legalidade*, *vinculação* e *discricionariedade*, *ato administrativo*, *contrato administrativo*, *pessoa jurídica de direito público*, *serviço público*, *responsabilidade extrac contratual do Estado* e *bens públicos*.

As três primeiras estão ligadas em especial ao problema da relação entre os diferentes Poderes do Estado: o Executivo exerceria uma *função administrativa*, atuando sempre sob a legislação feita pelo Poder Legislativo (*princípio da legalidade*) e sob controle do Judiciário, salvo quanto ao exercício da margem da liberdade que lhe seja deixada pela lei (*discricionariedade*, o contrário de *vinculação*).

As demais pretendem sobretudo afirmar que a Administração Pública deve ter prerrogativas, poderes especiais. Suas decisões seriam *atos administrativos*: atos de autoridade, capazes de impor obrigações aos particulares. Em seus contratos as partes não seriam iguais, pois ela teria poderes de mudar sozinho o ajustado (*contratos administrativos*). Ela própria, Administração, e outras entidades dela derivadas seriam pessoas jurídicas com poderes especiais, concedidos

pelo direito público (*personas jurídicas de direito público*). Ela seria titular de atividades próprias, que os particulares não teriam liberdade de exercer, e disporia dos privilégios e poderes necessários para sua plena execução (*serviços públicos*). Seria também titular de bens, muitos deles adquiridos por instrumentos de força (como a *desapropriação*) e com proteções especiais, como a impossibilidade de serem perdidos por *usucapião* (*bens públicos*).

Evidentemente, os juristas estão sempre discutindo sobre a pertinência e atualidade dessas noções, e por certo se desentendendo sobre sua melhor definição. Mas, curiosamente, as fortes críticas teóricas que sofrem não têm impedido que elas permaneçam. Não talvez por seu valor intrínseco, mas porque são muito tradicionais e seus termos estão incorporados, como lugar-comum, à linguagem jurídica e não jurídica. Além disso, esses termos são usados na Constituição e nas leis, ainda que com significativas alterações de sentido em relação às noções originais. Por isso, os livros de referência tendem a apresentar como atuais – ainda que, em alguns casos, forçando um pouco as coisas – os velhos sistemas conceituais de onde vieram esses termos.

Um caso interessante, no Brasil, de expressão que ficou, mas praticamente inverteu seu sentido original, é o da *responsabilidade extracontratual do Estado*. A ideia apareceu, na França do século XIX, para dizer que a Administração Pública deveria ter um privilégio: não ficar sujeita ao amplo dever de indenizar os danos que causasse, que era previsto na legislação civil. Trazida para cá, impactada por sucessivas normas constitucionais e deglutida pela jurisprudência, a noção de *responsabilidade extracontratual do Estado* passou a servir para dizer justamente o contrário: que o Estado tem um dever de indenizar mais que amplo, amplíssimo, mesmo quando não tenha cometido qualquer ilegalidade.

4. Noções que inovaram o direito administrativo

Mas o apego à tradição não impede que, vez ou outra, haja inovação profunda no âmbito das noções que, segundo a opinião geral, formam o eixo estrutural da disciplina. Exemplo é a incorporação, relativamente recente, dos conceitos de *processo administrativo* e de *regulação*.

O primeiro tomou impulso no Brasil por influência de uma norma da Constituição de 1988 e do surgimento, a partir de 1998, de leis gerais sobre processo administrativo, nos âmbitos federal e estadual. A ideia é que as decisões (atos administrativos) teriam sempre de ser tomadas por meio de *processos*, com direito à ampla participação dos interessados e com vários mecanismos para o controle do decidido (dever de justificar e de dar publicidade às decisões, direito de recorrer contra elas etc.).

Já, o conceito de *regulação* foi introduzido para afirmar que a Administração poderia receber das leis uma série de competências para ordenar amplamente quaisquer atividades econômicas, inclusive poderes normativos, exercidos pela edição de *regulamentos* autorizados pelas leis. A contrapartida é que eles sejam exercidos por meio de *processos* administrativos e de estruturas administrativas de caráter técnico (em alguns casos, por meio de *agências reguladoras independentes*).

Com a ideia de regulação, caminhou-se para superar o pressuposto, herdado do liberalismo econômico, de que a ordenação das atividades econômicas privadas pelo Estado deveria ser mínima, baseada-se em um poder de polícia administrativa de caráter simplesmente negativo, que imporia apenas algumas limitações ao exercício dos direitos mas não poderia determinar positivamente seu exercício. No passado fazia-se nítida distinção entre esse limitado *poder de polícia administrativa* frente às *atividades privadas* e o amplo *poder concedente* exercido pelo Estado quanto aos *serviços públicos*, com base no qual ele interferiria de modo profundo em sua prestação. Mas a oposição radical entre *atividades econômicas privadas* e *serviços públicos* vem se relativizando com o tempo, na medida em que vão se assemlhando, em muitos casos, as regulações incidentes sobre aquelas e sobre estes.

5. Soluções práticas que vieram do direito positivo

Ao lado desses conceitos básicos, os livros de referência descrevem as soluções jurídicas que foram sendo desenvolvidas pelo *direito positivo* (isto é, pelas normas constitucionais, legais e regulamentares) para organizar e controlar a Administração Pública. Ao longo dos anos, muitas dessas soluções vão se consolidando, inclusive como mito, e os juristas passam a tratá-las como se fizessem parte da “ordem natu-

ral" das coisas do direito administrativo, ao lado daqueles conceitos fundadores que mencionei há pouco.

São exemplos disso noções como *Administração indireta, empresas estatais, servidores públicos, concurso público e licitação*.

O conceito de *Administração indireta* rompeu com a ideia de que o Estado teria de ser uma única pessoa jurídica, tendo sido cunhado para explicar a existência de estruturas administrativas com algum grau de autonomia em relação ao Poder Executivo.

Em um primeiro momento foram criados entes semelhantes à Administração direta, com personalidade de direito público (*autarquias*). Mas logo se partiu para incluir na Administração indireta também empresas, pessoas de direito privado, algumas inclusive para realizar atividades de tipo privado (serviços bancários, indústria, comércio etc.). Aí surgiu o conceito de *empresa estatal*, em duas modalidades: *sociedades de economia mista* (empresas com capital misto, estatal e não estatal) e *empresas públicas* (empresas de capital apenas estatal).

O conceito de *servidor público* tem a ver com a gestão de recursos humanos. A ele está ligado o de *concurso público*, um processo público de disputa entre potenciais servidores, decidido pelo mérito. O concurso é uma exigência geral, com algumas exceções. Para os servidores, à semelhança do que ocorre com os entes estatais, fala-se em dois sub-regimes: o de *servidor estatutário* (que seria um regime de natureza pública, com privilégios que o trabalhador comum não tem) e o de *servidor celetista* (um regime vindo das entidades do setor privado, regulado pela lei trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho/CLT).

Já, a *licitação* é um processo público competitivo de inspiração semelhante à dos concursos públicos, só que aplicado às contratações de compras, serviços, obras etc., e normalmente disputado por empresas.

6. Ideias gerais que transitam no direito administrativo

Uma outra parte da cultura do direito administrativo é formada por ideias sobre gestão pública e sobre a ordem da política e da economia. São reflexões que, transmitidas pelos livros de referência, podem

servir de inspiração na decisão de casos e na interpretação de textos normativos, especialmente os de conteúdo bastante indeterminado (*principios*).

Também quanto a isso há sempre debates acadêmicos intensos, com críticas às orientações adotadas pelos livros ou pelos aplicadores, sendo as mais comuns as relativas ao (suposto ou real) caráter *autoritário, privatizante, estatizante, burocratizante* ou *liberalizante* das convicções alheias. Há gosto para tudo!

Bem, é claro que nestes tópicos resumi e simplifiquei bastante, mas creio que essas referências ajudam a entrar aos poucos nesse mundo de termos técnicos. Está aí, então, um esqueleto da cultura do direito administrativo.

Mas, além dos livros de referência, os profissionais consultam as compilações de legislação administrativa. Então, falta falar algo mais dos textos normativos.

7. As leis que fazem a cabeça do administrativista

A cultura comum dos administrativistas decorre também de, em seu exercício profissional, recorrerem sempre a um mesmo conjunto de leis, que ajudam a formar seu discurso e seu vocabulário comum. As compilações normalmente trazem a Constituição Federal e as leis consideradas básicas da disciplina, como as de processo administrativo, licitação e contratos administrativos, contratos de concessão, organização administrativa, finanças públicas, bens públicos, desapropriação, regulação setorial e ações judiciais para defesa de direitos frente ao Estado.

Em seus primórdios a construção do direito administrativo resultou sobretudo da atuação judicial e da criação de juristas. Mas o Direito legislado foi se impondo pouco a pouco, e hoje os profissionais lançam mão frequentemente dele para dizer coisas que antes só estavam nos livros de referência.

Se você tiver paciência para conhecer ao menos uma delas, procure a Lei Federal de Processo Administrativo (n. 9.784/1999), cujo Projeto, aliás, foi feito por juristas. Ali você encontrará, bem nítido, o discurso típico dos administrativistas.

Esta é a origem da ideia de direito administrativo: a convicção de que seria necessário um *direito especial* para um sujeito também especial: um direito construído para atender às características da Administração Pública e de suas funções.

Também vem daí a concepção de que a especialidade do direito administrativo se definiria por *oposição ao direito privado*. Assim, por exemplo, os contratos administrativos teriam um regime jurídico invertido em relação aos do Código Civil: enquanto os contratos civis deveriam ser cumpridos rigorosamente como celebrados entre as partes, nos contratos da Administração esta teria poderes para, unilateralmente, alterar o ajustado ou, mesmo, encerrar o contrato.

Desse modo, as exceções criadas pela *jurisprudência administrativa* (conjunto reiterado de decisões dos juízes administrativos) ao regime do Código Civil geraram figuras jurídicas como a *responsabilidade extracontratual do Estado*, o *contrato administrativo*, os *bens públicos* e as *pessoas jurídicas de direito público*.

10. O direito administrativo hoje: muitos regimes jurídicos, uma cultura comum

Com o passar do tempo e a ampliação das funções do Estado, na generalidade dos Países foram surgindo, em grande quantidade, leis específicas e normas constitucionais sobre a Administração Pública.

Elas disciplinam sua *organização* (Que tipos de órgãos e de entidades a compõem?), seu *funcionamento* (Como são tomadas e executadas as decisões administrativas?), suas *atividades* (Quais são os campos em que a Administração pode atuar?), seu *patrimônio* (Que tipos há de bens públicos, e como podem ser usados pelo Estado ou por particulares?), suas *relações jurídicas* (Que poderes têm as autoridades e que direitos têm os particulares?) e seus *controles* (Que órgãos fiscalizam as autoridades administrativas, e quais seus poderes?).

Os pensadores foram elaborando *teorias sobre o Estado* (por exemplo: a de *Estado de Direito*, para se contrapor ao *Estado-Policial*), conceitos sobre o direito a ele relativo (como o de *poder regulamentar*, que seria um poder para os administradores editarem normas gerais com base nas leis) e interpretações sobre as inúmeras normas. A partir disso tudo e dos desafios reais, os administradores

públicos desenvolveram práticas jurídicas e os juízes construíram sua jurisprudência.

O direito administrativo é este grande conjunto: as *normas* (constitucionais, legais, regulamentares) mais a *cultura jurídica* (teorias, interpretações, práticas) destinadas a, por meio do Direito, organizar e controlar efetivamente a Administração Pública e, ainda, assegurar direitos aos particulares.

A diversidade e a complexidade crescentes do direito administrativo – e mesmo suas oposições internas – vêm do fato de a Administração Pública ter, pouco a pouco, se expandido para todos os lados, especialmente a partir do início do século XX. Além disso, cada vez mais sua estrutura vai incorporando interesses distintos ou contraditórios, como reflexo das complexidades de toda a sociedade.

Hoje é muito difícil aceitar a concepção tradicional, ainda cara aos administrativistas, de que seu direito é um sistema, com sólida unidade e coerência. Não é bem assim. O direito administrativo, reflexo da Administração, é tão multifacetado quanto ela.

Embora a expressão “função administrativa” esteja incorporada à linguagem jurídica corrente, o fato é que hoje ela vale mais como sinônimo de *atividade administrativa* (isto é, serve para referir o que a Administração Pública faz) do que para dizer coisas muito fechadas sobre suas características jurídicas. É que, com a incrível diversificação das tarefas da Administração contemporânea, é difícil encontrar elementos jurídicos comuns a todas elas. São atuações muitíssimo variadas, com regimes também bastante diversos – complexos, cada um deles – e irredutíveis a alguns elementos essenciais e comuns.

Ademais, já não são tão nítidas, na experiência contemporânea, as diferenças entre *função legislativa* e *função administrativa*, pois a Administração também exerce, hoje, um amplo papel normativo, fazendo normas gerais e abstratas (os *regulamentos*), semelhantes às leis em vários aspectos importantes.

Apesar disso, pode-se continuar fazendo a ligação *direito administrativo = Administração Pública = função administrativa*. Não é preciso existir identidade de regime jurídico entre as várias atuações da Administração para que tenha algum sentido, na prática jurídica, agrupá-las em uma expressão comum. Sua unidade está na incidência

de uma ampla cultura jurídica comum, formada em torno do fenômeno "Administração Pública".

O campo e o conteúdo do direito administrativo que realmente interessa — este que está no dia a dia das pessoas — não são estabelecidos por critérios científicos, mas por pura convenção. Há um grupo importante de pessoas que, trabalhando com questões jurídicas em torno da Administração Pública, veem a si mesmas como profissionais do direito administrativo, usam certos conhecimentos comuns para atuar e transmitem a sua cultura, de geração a geração.

Não é uma cultura estanque, pois ela dialoga com outras tradições jurídicas, mais antigas (direito privado), paralelas (direito constitucional) ou mais específicas (direitos tributário, ambiental, urbano, econômico etc.). Dialoga também com a teoria e a experiência sobre política, sobre gestão pública, sobre economia. Enfim, é uma cultura razoavelmente identificável, mas não é um mundo à parte.

Para abrir as portas da compreensão do direito administrativo, os livros especializados focam em grandes abstrações: na demonstração do suposto caráter sistemático das normas (do *direito administrativo positivo*) e na exposição de modelos teóricos construídos para servir à sua aplicação (a *ciência do direito administrativo*). Mas não há prioritariamente identidade científica nesse conjunto todo de normas.

É duvidosa a utilidade de definir o direito administrativo no modo científico habitual, a partir de uma classificação do Direito em ramos, determinados pelas diferenças de regime jurídico. Todavia, é uma área com seus modos e, sobretudo, com sua tradição de autonomia e seu amor próprio. Os tratados, os cursos, os manuais — enfim, os livros de referência —, do direito administrativo são, eles próprios, a fonte permanentemente de sua relativa autonomia cultural.

Enquanto existirem professores de direito administrativo para atender a essa disciplina nas escolas de Direito, eles se incumbirão de manter e inventar, dia a dia, essa relativa autonomia cultural. São eles, os livros de referência e os professores de direito administrativo, que transmitem a seus alunos a crença nessa identidade, a qual tem condições de sobreviver, na prática profissional, pelo fato de existir um sujeito claramente identificável — além de interessante, rico — para aglutiná-la: a Administração Pública.

II. Que normas importam para o administrativista?

O administrativista é um profissional do Direito que, como os outros, utiliza normas jurídicas para fazer seu trabalho. Mas o que são normas para o administrativista? Há dificuldades especiais para ele quanto à identificação das normas ou quanto à determinação de quem pode produzi-las?

Isso remete à noção de *legalidade administrativa (princípio da legalidade)*. Ela surgiu inicialmente para afirmar que as atividades administrativas deveriam ser subordinadas às leis oriundas do Poder Legislativo (leis em sentido estrito). Só que a ideia aos poucos foi se incorporando, para designar o dever de a Administração observar muito mais que as meras regras legais em sentido estrito. Em uma figura marcante, passou-se a falar, então, em seu dever de obediência às *leis e ao Direito*.

Dessa ampla categoria — o Direito — destacam-se especialmente as *normas constitucionais, os princípios e os regulamentos*.

No correr do século XX as Constituições tornaram-se importante fonte de Direito para a Administração, e isso por duas razões. Primeiro porque na experiência jurídica dos vários Países espalhou-se o *controle de constitucionalidade*, realizado por órgãos especiais (as Cortes Constitucionais) ou pelo próprio Poder Judiciário, como no caso brasileiro. As leis, e também os atos administrativos em geral (inclusive os regulamentos), devem seguir as normas constitucionais — e podem ser anuladas caso não as sigam. Assim, a Constituição deixou de ser vista como documento sobretudo de orientação política para se tornar, mais e mais, um conjunto de normas jurídicas vinculantes para as autoridades públicas.

Em segundo lugar, nos Países que editaram Constituições novas mais recentemente (é o caso do Brasil), estas passaram a conter normas detalhadas sobre uma série de assuntos ligados à atuação administrativa (direitos e deveres de servidores públicos, regras sobre gestão dos entes estatais, diretrizes para organização de serviços públicos etc.). Assim, cada vez faz mais sentido dizer que a ação do administrador público é determinada *pela Constituição e pelas leis*.

E os *princípios*? Atualmente muitos princípios estão previstos na própria Constituição (exemplo: a Administração deve seguir o *princípio*

pio da moralidade) e nas leis (exemplo: os serviços de telecom serão organizados pelo *princípio da livre e justa competição*). Afora a peculiaridade de serem normas de caráter bastante indeterminado, impreciso, esses princípios, estando na Constituição ou nas leis, não se distinguem de tudo o mais que nelas se contém – e, portanto, devem, obviamente, ser atendidos pela Administração.

Mas – e é disto que importa tratar, agora – na noção ampla de *legalidade* também se costuma incluir o dever de obediência a outros princípios (em geral ditos “princípios gerais de Direito”), que nem sempre estão escritos, isto é, não estão expressos nas leis. São exemplos os princípios da *boa-fé*, da *proibição do enriquecimento sem causa*, da *segurança jurídica* etc., cujo desrespeito causaria a nulidade da decisão administrativa.

Você pode imaginar quanta polêmica aparece entre os especialistas quando discutem a solução de casos a partir desses princípios. Que princípios valem? Esse princípio vale mais que aquele? Como tirar alguma coisa mais concreta de um princípio vago?

Tudo isso é muito confuso, eu sei, mas mesmo assim todo mundo acha que a Administração tem de observar a *Constituição*, os *princípios* e as *leis*.

Vamos, agora, ao outro tipo de norma que mencionei. O *regulamento* é semelhante à lei quanto a suas características: a *generalidade* (não é singular, individualizado; atinge uma comunidade de sujeitos) e a *abstração* (não é concreto; descreve situações hipotéticas, passíveis de se repetirem no futuro). Mas é distinto da lei quanto à sua origem. Regulamento é a norma geral e abstrata editada pela Administração Pública (exemplos: o regulamento de organização do Ministério da Fazenda, o regulamento das leis de imposto de renda, o regulamento do serviço telefônico, editado a partir da Lei de Telecomunicações).

São muito tradicionais os regulamentos que disciplinam a organização e o funcionamento interno da própria Administração. Mas, com o aumento da atuação regulatória do Estado no decorrer de todo o século XX, cada vez mais a Administração tem recebido, da lei, a missão de editar regulamentos para ordenar a atuação dos agentes econômicos em quase todos os campos.

Duas concepções paralelas sobre a legalidade administrativa são especialmente relevantes para falar dos regulamentos: a de *primazia*

da lei, pela qual a atividade administrativa não pode contrariar as leis; e a de *reserva de lei*, segundo a qual certas decisões fundamentais só podem ser tomadas pelo legislador (isto é, são do *domínio da lei*, são reservadas a ela), cabendo aos administradores executá-las.

A primeira é uma legalidade em sentido mais fraco, pois deixa a Administração Pública livre para editar normas onde não houver oposição legal. A segunda é uma legalidade em sentido mais forte, que vê os administradores mais vinculados pelas leis, com menos espaço para deliberar com seus próprios critérios.

O principal desafio quanto aos regulamentos é determinar qual seria seu espaço próprio. Podem eles dizer qualquer coisa? Com certeza não podem dizer algo contrário ao que tenha sido dito pela Constituição, pelos princípios ou por alguma lei, em função da primazia desses tipos de normas em relação aos regulamentos. Mas podem dizer qualquer outra coisa?

Aqui vem uma primeira polêmica, no Brasil. Algumas pessoas entendem que em relação a certos assuntos a Administração teria um poder normativo autônomo, não concedido diretamente por uma lei (um desses assuntos seria “a organização e funcionamento da administração” – mas saber o que isso significa exatamente é algo delicado). Mas a maior parte das pessoas acredita que o regulamento tem de ser sempre autorizado por alguma lei, ainda que seja uma autorização apenas implícita, decorrente do fato de a aplicação daquela lei, pela natureza de seu assunto (exemplos: regulação e tributação), envolver a atuação da Administração.

Uma segunda polêmica é sobre se existe algum limite para a lei autorizar a Administração a editar regulamentos, para lhe atribuir competência normativa. A tendência majoritária é entender que há limites, sim, que há certas decisões reservadas apenas à lei. O problema é saber que decisões são essas. Não é nada fácil chegar a um acordo quanto a um critério geral sobre isso.

Há assuntos para os quais a própria Constituição prevê uma *reserva específica de lei*. E aí se terá de discutir, considerando o texto da norma constitucional e as circunstâncias envolvidas, quais, exatamente, das decisões sobre esses assuntos têm de ficar reservadas à lei.

Também há muitos outros assuntos para os quais a Constituição não faz exigência expressa de que sejam tratados em lei. A opinião

geral é que mesmo nesses casos a lei tem de dizer um mínimo sobre o tema, antes de passar a competência normativa ao administrador público. Isso porque existe algo como uma *reserva geral de lei*, criado a necessidade de haver sempre uma lei na origem do que a Administração faz.

Mas qual é esse mínimo que a lei tem de dizer, para autorizar a Administração a agir? Isso é discutido em cada caso pelos juristas e pela jurisprudência, e as opiniões podem divergir muito.

Outra questão que já se discutiu sobre os regulamentos é a seguinte: se a Administração é quem edita os regulamentos e tem poder para alterá-los (como o legislador tem, em relação às leis), pode-se, ou não, dizer que está também obrigada a obedecer a eles? A resposta a que se chegou é que *a Administração tem de respeitar seus próprios atos*, de modo que, enquanto vigorar, o regulamento terá de ser obedecido também por quem o fez.

Em função disso tudo, resulta uma concepção bastante ampla do *princípio de legalidade administrativa*, que deixou de ser apenas a submissão da Administração ao legislador, para ser uma submissão ao *Direito*, isto é, à *Constituição*, aos *princípios*, às *leis* e aos *regulamentos*.

12. O *administrativista como profissional do Direito*

Quem são os administrativistas?

Antes de tudo, isto: são profissionais do *Direito*, que acreditam nele. Raciocinam em termos de *direitos* (Alguém pode exigir algo?) e *deveres* (Alguém pode ser exigido quanto a algo?), de *normas* (Qual texto gera direitos e deveres?), de *multidades* (Alguma norma exige que esta decisão seja desfeita por uma autoridade de controle?) e *sanções* (Por causa disso ou daquilo, alguém pode ser punido por uma autoridade?). São pessoas treinadas para comparar o que lhes é proposto com padrões de referência que não estão totalmente sob seu domínio (o *Direito*): isto é jurídico, aquilo não; isto está previsto na norma, aquilo é proibido.

São especialistas de um mundo virtual (o das normas), não da realidade. Por isso, nem sempre é fácil dizer-lhes: “As coisas não são assim”. Afinal, acostumam-se a pensar mais em como “as coisas *devem ser*”. E vivem em escritórios, absorvem e simplificam a realidade

pela intermediação das palavras (não vão a campo, nem usam imagens em seus trabalhos), fogem de estatística e tendem a pensar mais nos casos individuais que nos grandes números.

Em alguma medida isso é inevitável: alguém tem de se ocupar com as normas – que nem são a realidade, nem vêm como imagens –, com as palavras, com os casos particulares e com os detalhes.

13. *Cuidado com os profissionais do Direito!*

Mas há um risco. aí: descolar da realidade e trabalhar com meras suposições, sem muito interesse e capacidade para testá-las. Mesmo eles sendo especialistas de algo virtual, o trabalho dos profissionais do *Direito* tem fins totalmente práticos (ao contrário, por exemplo, dos artistas). Eles discutem coisas bem reais: pagar, dar, fazer, não fazer. Levam em conta coisas virtuais (as normas, o *Direito*). Mas não apenam estas: no debate de casos jurídicos, provavelmente a maior parte dos argumentos é composta de leituras sobre a realidade ou previsões de futuro.

Quem não é do meio deve estar atento a esses juízos de juristas sobre o real, que não vêm do *Direito*, mas da experiência. Com frequência são puro senso comum, em linguagem enrolada. Nesse nível, então, é que se tem de examiná-los e, quando for o caso, contestá-los.

Tome-se a jurisprudência sobre *concurso público* e *licitação*, sobre sua obrigatoriedade nos vários casos. Muitos elementos jurídicos vagos são invocados: princípios da *igualdade*, da *moralidade*, da *publicidade*, da *eficiência*, do *devido processo*. Esses elementos influem, claro. Mas decisivo, mesmo, no debate é outro ponto: a avaliação que os juízes fazem sobre os benefícios e malefícios da adoção ou dispensa do concurso e da licitação.

Não é preciso ser jurista para entrar nisso. Basta identificar possíveis critérios para a avaliação do problema, discutir a pertinência de cada um e levantar dados sobre o que realmente acontece.

Mas, atenção: não menospreze os pontos de vista dos profissionais do *Direito* sobre a realidade. Podem muitas vezes ser desatualizados, distorcidos, preconceituosos, tudo isso. Porém, se estão circulando com sucesso no ambiente jurídico, passaram pelo crivo de bastante gente. Talvez sejam pura bobagem, claro; mas se vingaram é porque

agradam ao senso comum. Brigar contra eles é possível — mais que isso: necessário —, mas tenha jeito e paciência, além de argumentos de qualidade.

Ao argumentar com um profissional jurídico, você tem de vencer não só a *ele mesmo*: tem de provar que um terceiro oculto (o Direito) também está de acordo. Isso é especialmente difícil se você não é do meio, pois a chave do conteúdo do Direito está com o outro, não é do meio, pois a chave a inexistência de Deus? Então, Você sustentaria para um cardeal a inexistência de Deus? Direito, nunca despreze o Direito ao falar com um profissional do Direito. Mas você pode e deve discutir qual é a verdadeira vontade de Deus e do Direito; nunca deixe que o outro seja o dono dela.

O Direito é problemático: as normas têm de ser interpretadas, e as interpretações variam de acordo com o intérprete e os casos; as normas estão sempre mudando, e pode ser bem difícil saber o que está e o que não está mais valendo. Então, jamais aceite a palavra do especialista se ela não vier na forma de um diálogo com as naturais incertezas do mundo jurídico.

Também não engula o que lhe disserem se os termos do discurso não forem compreensíveis. As coisas do Direito são infinitamente mais próximas de nós que as da Física Quântica; por isso, ao contrário desta, seus conceitos são acessíveis e, se bem expostos, relativamente simples. Por trás das opiniões jurídicas herméticas em geral há multiplicação de interesses, há confusão ou impropriedade de ideias e muita simplificação indevida.

14. O que mais há na cabeça do administrativista?

Bem, eu estava falando do que o administrativista tem em comum com qualquer profissional do Direito. Agora, vale a pena pensar em algumas de suas peculiaridades profissionais, que vão se formando por conta das situações em que normalmente atuam.

Uma característica marcante dele é a de raciocinar sempre em termos de *competência*. Isso porque o quadro mental em que encaixa todos os problemas que encontra é um *esquema organizatório*. As perguntas que faz a todo momento, e que o singularizam frente a seus colegas, são: “Alguém é competente para isto?” e “Quem é competente para decidir ou fazer isto?”.

A preocupação quanto a isso tem a ver com o fato de a Administração Pública não ser uma coisa única, e sim um conjunto de unidades, mais ou menos autônomas conforme o caso, cujo espaço de atuação é predefinido pelo Direito, embora muitas vezes em termos relativamente vagos.

Lembre-se que no Brasil há uma divisão federativa que gera três níveis de Administração: a Federal, a Estadual e a Municipal. Em cada nível há muitos órgãos na Administração direta e muitas entidades na Administração indireta. No interior de cada uma dessas unidades há subdivisões e há autoridades com espaços distintos. Para discutir, portanto, se uma decisão administrativa é válida, é preciso saber se ela cabia justamente àquela autoridade, daquela unidade, daquele ente estatal, daquela entidade federativa.

Em suma: ao lado das disposições normativas de *caráter substantivo* (que influem no conteúdo das decisões a serem tomadas), há infinitas disposições normativas de *caráter organizatório*, que definem e distribuem as competências administrativas e, assim, servem para dizer quem pode tomar essas decisões. Dados a dimensão da máquina administrativa e o modo meio caótico como vão sendo editadas as normas para organizá-la, você pode imaginar quantas dúvidas de interpretação podem surgir a seu respeito.

Pois os administrativistas são justamente os profissionais que se ocupam desse tipo de normas e dos problemas relativos ao arranjo da estrutura administrativa.

15. O que o administrativista teme?

Eis algo interessante também para entender a cabeça de um advogado administrativista: muito mais que os juristas de outras áreas, ele vive assombrado com os controladores.

Tudo que a Administração Pública faz é bastante vigiado. Há uma incrível redundância de órgãos e autoridades fazendo controles, e há também a imprensa e a opinião pública. Como os assuntos públicos envolvem inúmeros interesses, é natural que exista muita gente disposta a acionar esses controles todos.

Assim, os cálculos desse advogado são sempre jogos com a opção possível de um grande número de potenciais críticos — e isso

normalmente faz com que ele seja bem mais cauteloso que um colega que, por exemplo, redija contratos para empresas privadas.

O advogado da Administração costuma *rejeitar as novidades*, e isso pelo simples fato de que, não tendo sido ainda testadas nos órgãos de controle, elas provavelmente serão malvistas. Claro, esses órgãos têm a natural tendência de serem “do contra”, pois isso os valoriza (afinal, ninguém ligaria para um controlador que sempre está de acordo) e porque são treinados para desconfiar, querem encaixar tudo em moldes conhecidos e não têm compromisso com a ação, que cabe aos controlados, não a eles.

A grande maioria dos especialistas em direito administrativo é boa em evitar confusão — conte com eles para isso —, mas você terá que buscar alguém meio fora da curva se quiser ajuda para pensar coisas realmente novas.

16. O direito administrativo, uma caixa de ferramentas

Entender o direito administrativo é entender o modo de pensar e agir dos profissionais que a ele se dedicam. Eles são a *definição prática do direito administrativo*. Por isso, é para eles — para suas ideias, sua linguagem, suas estratégias, seus argumentos — que devemos olhar, muito mais que para sistemas conceituais abstratos construídos pelos cientistas do Direito.

Eu disse que os profissionais acreditam na *transcendência do direito administrativo*. Este é um aspecto interessante. Todo especialista gaba sua especialidade, como a coruja o pau em que vive. Mas há especialistas em coisas miúdas (em formigas africanas) e especialistas da imensidão. Este último é o caso, pois o nosso é o *direito genérico da Administração Pública* — esse monstro incrível, que só faz crescer, de quem muito se espera e que tanto se teme.

Os profissionais do direito administrativo falam de seu *direito como especial*. Especial porque lida com algo que entendem como muito, muito relevante: a *realização do interesse público* ou, ao contrário, a *luta contra o poder*. Especial porque envolve um sujeito incomparável: a Administração Pública (você conhece algo comparável?). Especial também porque foi — e ainda é — um direito construído

por *diferenciação* frente à experiência jurídica mais tradicional: ao direito privado e ao direito público antigo.

Quem trabalha com os administrativistas tem, portanto, de aprender a lidar com o argumento da especialidade, uma espécie de pressuposto de todo e qualquer raciocínio: “Ah, não, no direito administrativo a coisa é bem diferente ...”. Bom, muitas vezes eles têm razão, mas é preciso cuidado com essa mania profissional. Este é um bom revide: “Mas será mesmo? Por quê?”.

Entre administrativistas existem radicais diferenças de orientação quanto ao modo como devem ser as relações entre a Administração e terceiros. Independentemente de tendências pessoais, os vários profissionais, ao exercerem sua atividade em cada caso, são também capazes de encontrar no mundo do direito administrativo, que lhes é comum, argumentos para servir à defesa de interesses bem diferentes.

Uma característica dos livros de referência, onde se aprendem as coisas básicas sobre qualquer área do Direito, é que o estilo oculta sua principal função: a de *caixa de ferramentas*. O estilo é o da exposição sistemática, científica, em que classificações e conceitos se encaixam, tudo pressupondo coerência e certeza. O Direito desses livros não comporta, em si, soluções opostas para uma mesma dúvida.

Os alunos passam por isso tudo, fazem de conta que acreditam, mas, quando viram profissionais, o que querem desses livros são *argumentos*, para usar nos casos que têm de resolver ou discutir. Aí, as afirmações dos livros, devidamente extraiadas e cortadas, viram ferramentas para resolver problemas pragmáticos, na medida do necessário.

Não estou querendo dizer que o direito administrativo é um *va-le-tudo* e os administrativistas uns monstros do cinismo. As normas podem ter várias interpretações, mas não *qualquer interpretação*. A cultura jurídica incorpora muitos consensos, que tendem a permanecer por longo tempo. Tudo isso é fator de unidade e estabilidade, a condicionar as decisões do dia a dia.

Mas há uma margem larga para os dissensos, pois opiniões e interesses variam, e casos novos surgem toda hora — e, aí, normas, ideias e palavras viram argumentos, ferramentas.

Por isso, ao debater com esses profissionais, preste muita atenção nos argumentos que eles usam. Não se deixe intimidar ou enganar por

aparências. Você tem o direito de discutir a visão de mundo que os inspira. Faça isso.

17. Por que as pessoas divergem sobre o princípio de legalidade?

Expus há pouco, embora de modo bem simplificado, as noções mais gerais sobre o princípio de legalidade. Elas fazem parte do patrimônio cultural do direito administrativo, em virtude da concepção, amplamente aceita, de que o Estado tem de se submeter ao Direito.

Só que o perfil mais concreto que a legalidade deve ter, em cada época e situação, é algo muito polêmico entre os formuladores de teorias sobre o Estado, entre os juristas e entre os práticos.

Assim, por exemplo, quem quer valorizar o Legislativo frente ao Executivo tende a defender a legalidade quase como uma *reserva total de lei*, de modo que praticamente todas as normas teriam de vir do Legislativo; quem é favorável à existência de uma ampla regulação econômica feita pelo Estado, que precisa ser ágil e dinâmica, tende a defender um poder normativo mais amplo para a Administração, reservando-se à lei apenas decisões substantivas (uma *reserva do básico para a lei*).

De outro lado, os que defendem o máximo fortalecimento do poder dos juízes frente aos administradores públicos têm uma *visão maximalista de Direito*, isto é, tendem a encontrar na Constituição, nas leis e nos princípios – especialmente em suas fórmulas mais abertas e indeterminadas – condicionamentos ao exercício da atividade administrativa que outros não veem. Com isso, pretendem limitar a liberdade dos administradores.

Os administrativistas, quando exercem seu ofício, dão por pressuposto que a solução dos casos deve ser obtida considerando o Direito, a legalidade. Mas, como vimos, não é trivial identificar as normas que podem e devem ser levadas em consideração, pois também quanto a isso o Direito é problemático, relativamente incerto.

Com frequência a análise dos casos e a interpretação das normas têm de ser precedidas de uma discussão sobre quais são as normas em vigor, e se são válidas ou não. Para intervir nesse debate, o administrativista tem de tomar partido nas várias polêmicas que apontei, es-

pecialmente sobre o espaço maior ou menor do poder normativo da Administração e sobre a vantagem, ou não, de um controle judicial mais atuante.

É aí que ele vai ter de se entender com diferentes visões de mundo...

18. Mais para cá ou para lá?

Por trás de outras discussões técnicas, aparentemente áridas, o que há, mesmo, é confronto de concepções desse tipo.

Há profissionais mais focados em fazer o monstro funcionar: estes veem o direito administrativo como o *direito do interesse público* e estão preocupados com os instrumentos para esse interesse público acontecer: as *funções* e os *poderes da Administração*. Outros temem o monstro, querem domá-lo: pensam em *direito do controle sobre o poder*, em reprimir os abusos da autoridade, em defender direitos dos administrados.

No diálogo com administrativistas, não raro aparece algum argumento que vem de uma *visão estatista* – ou mesmo autoritária – em defesa de privilégios para o Estado e o poder. Isto está presente, por exemplo, em algumas afirmações sobre *atos administrativos*, *contratos administrativos* e *serviços públicos*. Claro que existem boas razões para defender prerrogativas para o Estado, mas estas são criação humana, não fazem parte da ordem natural das coisas. É preciso, então, discutir profundamente se – e o quanto – elas fazem sentido. Em suma: não se pode aceitar essa especialidade por si mesma.

Para que você não pense que estou a defender uma visão antiestatista, olho o outro lado: o *discurso da proteção dos direitos*. Uma boa parte da elaboração de administrativistas é para obrigar a Administração a fazer isto ou aquilo. Ela é o alvo maior das reivindicações do mundo, pois seu poder gigante ameaça toda a gente e seus imensos recursos interessam, claro, a cada um de nós, que olhamos cobiosos para eles.

Um exemplo forte é o das condenações da Administração a indenizar prejuízos das pessoas (temas da *responsabilidade extracontratual do Estado* e da *desapropriação*). Construiu-se quanto a isso no Brasil uma visão bastante favorável aos privados e se critica muito a Admi-

nistração por não querer pagar. Fala-se que ela está a defender meros *interesses secundários* (o vil metal), não os verdadeiros *interesses públicos primários*. Também se vem desenvolvendo um intenso movimento de *construção judicial de direitos* frente à Administração Pública (direito à saúde e à previdência; direito à proteção por isso e por aquilo; direito à gratuidade disto e daquilo).

Então, um enfoque dos especialistas procura ver o direito administrativo sobretudo como instrumento da luta do *fraco* (os privados) contra o *forte* (a Administração), do choque dos *direitos* com o *poder*, da *dignidade* contra a *opressão*. Aqui, portanto, a especialidade do direito administrativo vem justificada por sua *função de proteger o interesse das pessoas privadas*, exatamente o inverso da visão anterior.

Convém desconfiar também dessa presunção de que o direito administrativo deve favorecer quem reivindica contra a Administração. Com certeza há excelentes razões para, em muitos casos, defender interpretações que limitem o poder do Estado ou ampliem seus deveres. Mas é preciso sempre discutir por que se está fazendo isso e, sobretudo, quem ganha e quem perde. O Estado não é um saco sem fundo, mas uma caixa de compensação de direitos, interesses e recursos de toda a sociedade. Para que se tire algo dessa caixa, alguém tem que pôr.

Nas normas e na cultura do direito administrativo convivem e se alternam tanto elementos estatistas como antiestatistas. A formação do estudante de Direito envolve a absorção de lugares-comuns em um sentido e no outro.

Em uma aula o professor lhe diz haver uma “supremacia do interesse público sobre o privado”, que “os atos administrativos são dotados de prerrogativas” e que as “relações entre Administração e particulares são verticais”. Só que, depois, manda decorar que “a Administração só pode fazer o que a lei manda”, que é preciso reprimir severamente o “abuso de poder” das autoridades, que “os particulares têm direito à prestação de serviços públicos”, que certos “servidores públicos têm direito à estabilidade em seus cargos, não podendo ser dispensados pela Administração”.

Em grande número de temas polêmicos do direito administrativo o que se discute é esta coisa básica da relação entre *autoridade* e *di-*

reitos dos particulares: onde o ponteiro da balança deve parar, mais para cá ou para lá?

Os profissionais sempre adotam o pressuposto retórico de que as respostas, para todos os casos, já estão escritas no Direito. Mas a verdade é que elas vêm das decisões das autoridades (judiciais ou administrativas), que precisam ser convencidas. As normas e a cultura do direito administrativo são depósitos onde se pode buscar argumentos para defender distintas posições.

19. Os autores brasileiros que fizeram a cabeça dos administrativistas

As continuidades e mudanças na cultura do direito administrativo brasileiro podem ser percebidas com clareza nas obras de referência dos administrativistas, que, tendo traduzido o espírito de suas épocas, lograram reconhecimento e, em alguns casos, foram capazes de influir amplamente na literatura especializada, na legislação, na jurisprudência e na prática.

Foram eles o Visconde do Uruguai no II Império, Alcides Cruz na República Velha, Themístocles Brandão Cavalcanti na Era Vargas, Hely Lopes Meirelles durante o Regime Militar e Celso Antônio Bandeira de Mello na redemocratização da década de 1980.

20. O começo francês do direito administrativo brasileiro

Visconde do Uruguai publicou seu *Ensaio sobre o Direito Administrativo* em 1862, época em que esse ramo do Direito ainda estava nascendo na própria França, e se tornou o grande administrativista do II Império.

Suas preocupações teóricas estavam ligadas sobretudo à *identificação do poder administrativo* (sua diferenciação frente ao Legislativo e ao Judicial; e a diferenciação entre governo e Administração), à *definição do direito administrativo* (sua distinção frente a outros ramos do Direito, como o privado e o constitucional, e a outras ciências relativas à Administração), à *estruturação fundamental do Estado* no regime constitucional e à criação de um *sistema de controle de atos administrativos* (à época, um controle interno: o contencioso administrativo, seguindo o modelo francês).

O que resultou desse esforço foi a introdução precoce, no mundo jurídico e político brasileiro, da noção de direito administrativo surgida na França – um direito especial para a Administração Pública –, afastando o Brasil da visão, que iria persistir longamente na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, de que a vinculação do Estado ao Direito não deveria exigir – ou, mesmo, comportar – a construção de um ramo especial do Direito.

Todavia, na teorização de Visconde do Uruguai não aparecem – porque mesmo na França ainda estavam por construir – as figuras administrativas contrapostas a cada uma das do direito privado (contrato administrativo, bem público etc.).

21. Depois uma influência norte-americana

Uma característica da Constituição da República, de 1891, seria responsável pela principal alteração de base no direito administrativo brasileiro, cuja sistematização viria a ser feita na obra *Direito Administrativo Brasileiro*, de Alcides Cruz (que teve apenas duas edições, em 1912 e 1914). Foi a adoção do modelo norte-americano de *jurisdição una* – que o Brasil nunca mais abandonou –, eliminando-se a Justiça Administrativa (isto é, o contencioso administrativo, uma Justiça especial para a Administração, ligada a ela e distinta do Judiciário) que havia sido criada no Império.

Com isso, o Brasil se afastava do modelo de controle da Administração que, na França, tinha sido justamente o responsável pelo surgimento do direito administrativo (um direito especial aplicado por uma Justiça especial), de modo que, em matéria de responsabilidade, por exemplo, Alcides Cruz relatou a tendência de aplicação, à Administração, do regime comum: o do direito civil.

Apesar disso, uma tradição teórica havia sido fortemente estabelecida pelo Visconde do Uruguai e Alcides Cruz, como outros autores do início do século XX, a seguir: a de afirmar a existência de um direito especial para a Administração.

Mesmo se suas características ainda fossem relativamente opacas, já se falava em algumas das figuras que se tornariam típicas dessa especialidade: (1) atos administrativos, decisões da Administração editadas unilateralmente, no uso de prerrogativas públicas, e im-

positivas para os particulares, passíveis de anulação por vício de forma, de competência ou de excesso de poder; (2) serviços públicos, atividades econômicas sujeitas ao poder do Estado (a que hoje se chamaria de *regulação*) e ao contrato de concessão, um tipo de contrato de regime especial, público, com poderes também especiais para o concedente controlar a prestação do serviço; (3) domínio público, a propriedade pública, com um regime jurídico especial; e (4) funcionalismo público, cujo regime de trabalho vinha de normas próprias.

22. Aí ele cresce e se diversifica junto com a Administração e seus controles

Themístocles Brandão Cavalcanti foi um jurista importante desde os anos 1930, no início da Era Vargas, até a década de 1970, quando se aposentou como Ministro do STF e veio a falecer.

Foi contemporâneo de vários nomes prestigiosos de administrativistas, que se multiplicaram no período, destacando-se Miguel Seabra Fagundes e Rui Cirne Lima. Nesse longo período, publicou obras de direito público em vários formatos, com várias edições – inclusive um *Tratado*, surgido na década de 1940 –, e teve um papel significativo de sistematizador e divulgador.

Seus livros acompanharam a consolidação, entre nós, das ideias relativas à especialidade do direito administrativo, em grande medida expressa nas prerrogativas e poderes da Administração. A par disso, registraram o desenvolvimento das técnicas de controle judicial dos atos administrativos (que os juristas reuniram em sua teorização sobre os elementos do ato administrativo – assunto ao qual, aliás, Themístocles dedicou uma monografia) e o surgimento da legislação regulando as ações judiciais para controle da Administração (como o mandado de segurança, fundamental na experiência jurídica brasileira).

Mais importante é que, nesse período, com o aparecimento do Departamento Administrativo do Serviço Público/DASP, começam a ser implantadas as bases de uma Administração Pública moderna, com a formação das carreiras públicas. Daí, os livros de Themístocles registrarão a construção sistemática do regime jurídico dos funcionários públicos (expressão que hoje substituímos por “servidores públicos”), a implantação da exigência dos concursos públicos para sua

admissão e de suas garantias funcionais, tudo destinado a criar uma burocracia do tipo weberiana.

De outro lado, essa é a época em que a Administração Pública se expande, concedendo e regulando serviços públicos (como os de energia) e passando a atuar diretamente na ordem econômica. Disso virá a figura das empresas estatais, de cuja instituição os livros terão de dar conta.

Hely Lopes Meirelles publicará a 1ª edição de seu *Direito Administrativo Brasileiro* em 1964, justamente quando se iniciava o regime militar, que iria durar até 1985. Sua obra, famosa pela clareza e praticidade, de um lado mantém arraigadas tradições e de outro sistematiza as mudanças no direito administrativo, que seu predecessor vinha registrando no calor da hora. Exemplo do primeiro aspecto é a teoria que o autor apresenta sobre os *poderes administrativos*, defendendo com vigor sua importância. Exemplo do segundo é o tratamento dos temas da *licitação* – de que o autor foi um dos elaboradores – e da *Administração indireta*, cujas bases conceituais seriam fixadas em definitivo com o Decreto-lei 200/1967.

23. Depois vem a ênfase nos direitos dos administrados

Quando surgiu, em 1980, a obra de referência de Celso Antônio Bandeira de Mello (primeiro chamada de *Elementos de Direito Administrativo* e, a partir de 1992, de *Curso*) representou uma mudança.

Inicialmente porque incorporava a preocupação, maior que a de seus antecessores, em fazer a amarração teórica geral dos diversos institutos, o que o autor esboçou pela identificação de princípios científicos, que viu como axiomáticos, e pela busca de uma base constitucional para cada um de seus institutos.

Depois porque ofereceu uma espécie de contraposição à orientação tradicional dos administrativistas, que criticou como pouco garantista até como autoritária. Foi o primeiro manualista brasileiro a colocar o direito administrativo francamente como um “direito dos administrados”, em clara oposição ao enfoque de Hely, que em alguma medida havia sugerido um direito dos “poderes administrativos”.

Ademais, as elaborações do autor procuraram diminuir ao máximo o espaço de ação livre do administrador público, por meio de uma

visão bastante redutora sobre a discricionariedade e o poder regulamentar, da interpretação extensiva de exigências procedimentais como a licitação e o concurso público, da aplicação de parte do regime administrativo mesmo aos entes estatais privados e, ainda, da introdução de uma série de novas limitações normativas, decorrentes da interpretação de princípios constitucionais ou, mesmo, de princípios não escritos.

Quando da edição da Constituição de 1988, não só várias dessas concepções receberiam algum tipo de suporte constitucional explícito (como a constitucionalização dos princípios da Administração) como se ajustariam bem ao novo ambiente de democratização e de reivindicação de direitos. Foi o auge de seu prestígio.

24. Hoje, um direito em reforma

Embora o livro de referência de Bandeira de Mello continue saindo em edições atualizadas, por volta da metade da década de 1990 começou a perder aos poucos a capacidade de representar as visões do meio – e de influir. É que, a partir daí, surgiram mudanças normativas que o autor não pôde aceitar e passou a combater em sua obra: criação de agências reguladoras com amplo poder normativo, desregulação do regime dos serviços públicos, utilização de entidades não estatais (Terceiro Setor) para realizar atividades públicas e aplicar recursos públicos, ampliação das parcerias público-privadas, reforma do regime das licitações etc.

Ao lado disso, teóricos mais jovens lançaram, com ampla aceitação, uma forte contestação a um dos princípios científicos que, há muitos anos, o autor defendia como fundamental ao direito administrativo: o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, visto agora pelos críticos não só como vazio, mas também como instrumento, mesmo involuntário, do autoritarismo.

Com isso, vive-se um período de transição na literatura do direito administrativo brasileiro, que ainda não encontrou seu novo livro de referência. Talvez ele ainda demore a surgir, pois a transição não é apenas editorial. Desde a metade da década de 1990 não só houve uma mexida geral na legislação administrativa – inclusive na Constituição – como dois movimentos atingiram profundamente a cultura do direito administrativo: os da *privatização* e da *reforma da gestão pública*.

O primeiro colocou em xeque muitas das ideias sobre a especificidade desse direito, atingiu o conceito de *serviço público* e introduziu as novidades da regulação.

O segundo criticou o modelo burocrático que havia inspirado as reformas a partir da Era Vargas e que teve tanta influência em temas como servidores públicos, regime da Administração indireta e licitação. A reforma da gestão pública propõe introduzir certas flexibilidades e trocar alguns dos controles formais por controles de resultado, dentro de um enfoque de *administração gerencial*.

Por último, tem-se vivido, desde o surgimento da Constituição de 1988, uma maré montante na judicialização de questões envolvendo a administração, com o frequente uso de princípios bastante imprecisos para controlá-la (como o *princípio da dignidade da pessoa humana*). Isso de algum modo coloca em questão a própria noção de Direito (afinal, ele agora inclui esses princípios todos, assim abertos e indefinidos, com força normativa?) e, portanto, também de direito administrativo.

Por certo tudo isso é objeto de intenso debate no mundo jurídico, com choques relevantes de visão. Mas ainda não parece muito claro como é que as coisas vão se estabilizar.

De modo que devo encerrar esse relato sobre a formação do direito administrativo brasileiro chamando a atenção para a característica do período que estamos vivendo. As visões estão mudando, há novos conceitos a elaborar, há experiências a consolidar e muito debate ainda a fazer. Não é um momento fácil para quem quer entender o direito administrativo, mas é fascinante para influir em sua construção.

QUE CONSTITUIÇÃO?

Capítulo 2

1. As forças da Constituição. 2. É preciso olhar para o fenômeno constitucional. 3. Os juristas se comportando como constituintes permanentes. 4. Mais uma Constituição "chapa branca" que uma Constituição-cidadã. 5. Uma Constituição modulada pelo compromisso com a governabilidade. 6. Conclusão.

1. As forças da Constituição

Quando acordei para a Política, no início da adolescência, as instituições do Brasil vinham de três forças: as Armadas – Exército, Marinha, Aeronáutica. Ao escrever este pequeno ensaio, estão comigo a memória angustiada da época, a emoção do processo da liberdade e anos intensos de vida sob a Constituição de 1988.

Este texto defende duas teses interligadas.

A primeira é que o núcleo da teoria constitucional deslocou-se nesses anos, da ideia de *Constituição* para a de *fenômeno constitucional*.

A outra é que, na atualidade, o fenômeno constitucional brasileiro gira pela ação de três forças, felizmente bem distintas daquelas antigas: o *sentimento constituinte*, o *constitucionalismo chapa branca* e o *compromisso com a governabilidade*. Sustento que a Carta de 1988, para os homens do Direito, tem valido mais pela aura que por seus preceitos, que ela é uma Constituição chapa branca, não uma romântica Constituição-cidadã, e, ainda, que ela tem um potencial desestabilizador cuja superação tem dependido do compromisso com a governabilidade do meio político e dos Tribunais.