

Seção 7 – Convergência no sentido finalístico-valorativo

Plano da Seção: 31. Período pós-1988: observações preliminares. **32.** Ensino: obras gerais. **33.** Pesquisa: teses acadêmicas na Universidade de São Paulo.

PARA USO EXCLUSIVO EM AULA - NÃO DIVULGAR

31. Período pós-1988: observações preliminares.

A perspectiva jurídica induz identificar no início da vigência da Constituição de 1988 o marco simbólico para a divisão dos períodos históricos aqui adotada.

Entretanto, não é simplesmente o dia 5 de outubro de 1988 que se apresenta na história como um divisor de águas. O processo político-social, levando à mudança do regime, por óbvio, é muito mais complexo, deitando raízes em atitudes tomadas por correntes de oposição e mesmo do governo, com consequências mais visíveis a partir de fins dos anos 1970.

Posturas consolidadas no meio acadêmico e em instituições representativas de setores organizados da sociedade civil¹, a abertura conduzida pelo próprio governo desde a presidência de Ernesto Geisel², o movimento popular reivindicando eleições “diretas já”, a eleição ainda indireta do presidente Tancredo Neves e a convocação da Assembleia Constituinte pela Emenda Constitucional n. 26/85 são os mais relevantes elementos a indicar a transição progressiva do regime, em lugar de uma ruptura abrupta.

E, se a Constituição de 1988 decorre de um relativamente longo processo evolutivo, esse processo não se interrompe com sua edição. A nova Constituição oferece a base jurídica ao mesmo tempo indicativa e indutora de mudança na realidade social, especialmente na dimensão jurídica dessa realidade.

A Constituição de 1988, por um lado, é passível de críticas do ponto de vista de técnica legislativa e mesmo do que se possa supor como ideal de balanço entre normas materialmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais – estas adotadas por uma valoração circunstancial a que procedem os constituintes –, com ampla preponderância em volume destas últimas.

¹ Para análise desses fatos, com especial foco no papel dos juristas na formação do Estado-Nação brasileiro – destacando, por exemplo, ação de Raymundo Faoro na liderança da Ordem dos Advogados do Brasil, de Miguel Reale Júnior na Associação dos Advogados de São Paulo, de Goffredo Telles Júnior na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e ainda de entidades como Associação Brasileira de Imprensa, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil –, ver MOTA, Carlos Guilherme, “Para uma visão de conjunto: a história do Brasil pós-1930 e seus juristas”, pp. 84-105.

² Ilustre-se mencionando a Lei de Anistia, Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, sancionada já pelo Presidente João Figueiredo.

Nas palavras de Luís Roberto BARROSO:

“A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. De tais circunstâncias, decorrem consequências práticas relevantes. A primeira delas é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas majorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária se faz por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa.”³

Entretanto, há que se ressaltar, por outro lado, ao menos três relevantes aspectos positivos da Constituição vigente.

Em primeiro lugar, seu êxito como peça principal de ordenação social articuladora dos valores fundamentais de “paz, igualdade e liberdade”, conforme sintetiza Celso LAFER⁴, no contexto da “expansão axiológica do Direito”: “um dos objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas”, inclusive a brasileira, “que assinala, no plano jurídico, a passagem política do regime autoritário-militar para a democracia”⁵.

Em segundo lugar, o sucesso do processo constituinte e seu significado político. Como ressalta Romeu Felipe BACELLAR FILHO⁶, “diferentemente das sete Constituições anteriores, a atual é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade”.

³ “20 anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil”, p. 83. O autor, em outro estudo, observa o mesmo fenômeno de modo a acrescentar que, ao descer a detalhes de matérias que caberiam melhor em sede infraconstitucional, o faz quanto a “todos os principais ramos do direito”: “Administrativo, Civil, Penal, do Trabalho, Processual Civil e Penal, Financeiro e Orçamentário, Tributário, Internacional e mais além” (“A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, pp. 40-41). De todo modo, por uma questão de fidelidade quanto ao pensamento de BARROSO, registre-se que o parágrafo acima transcrito leva o subtítulo “alguns revezes” e, portanto, indica uma ressalva que o autor faz em meio a avaliação bastante positiva de outros aspectos da Constituição.

⁴ “Variações sobre a Justiça”, p. 2.

⁵ LAFER, Celso, *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*, p. 13.

⁶ *Processo administrativo disciplinar*, p. 21.

Nesse sentido, Pedro DALLARI sustenta que o ponto central do sucesso desse processo foi a busca de “legitimidade e compromisso”: um processo pelo qual se maximizou a participação da sociedade, de modo a permitir que seus diversos segmentos se sentissem minimamente contemplados e assim tendessem a reconhecer a legitimidade da Constituição e a “adotarem-na como instrumento de referência apto a assegurar e balizar o convívio pacífico”⁷.

Em terceiro lugar, segundo a expressão de Luís Roberto BARROSO, o significado da Constituição de 1988 como “rito de passagem para a maturidade institucional brasileira”⁸.

Com efeito, ao lado dos problemas de interpretação e aplicação de um texto muito extenso, com dispositivos de conciliação lógica difícil, e ao lado também da complexidade de praticamente todo programa de governo, consagrado nas urnas, acabar por exigir emendas à Constituição⁹ – uma vez que inúmeras decisões tipicamente governamentais estão desde logo antecipadas em detalhes no texto constitucional –, é inquestionável que essa Constituição tem permitido ao Brasil, de modo pacífico e sem rupturas no sistema democrático, conquistar importantes avanços econômicos e sociais.

Em suma, a grande extensão, em profundo nível de detalhamento, do texto constitucional ao mesmo tempo contribuiu para a legitimação da Constituição – na medida em que propicia a percepção de acolhimento pelos indivíduos em geral, isoladamente ou conforme sintam-se integrados a diferentes segmentos da sociedade – e é retroalimentada por consequência dessa mesma legitimidade alcançada.

Essa consequência é notada pela experiência empírica do dia a dia no Brasil: em geral, a população vê na Constituição – e não nas leis¹⁰ – o instrumento de defesa de seus direitos,

⁷ “A Experiência Constitucional Brasileira na Transição Árabe”, p. 93.

⁸ “20 anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil”, p. 82.

⁹ Como nota Pedro DALLARI, o fato de haver emendas à Constituição, ainda que numerosas, é indicativo de o texto constitucional ser virtuosamente adaptável às mudanças da sociedade e, ao mesmo tempo, propiciar base sólida para que o País tenha superado sem maiores traumas o *impeachment* de um Presidente da República, tenha conquistado a estabilização da moeda e o crescimento econômico e tenha realizado importantes avanços na igualdade social (“A Experiência Constitucional Brasileira na Transição Árabe”, p. 93).

¹⁰ Salvo algumas de forte apelo popular, até mesmo por sua denominação já engajada com a defesa de posições socialmente segmentadas, como o Código de Defesa do Consumidor – em cujo art. 1º já consta: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor”; e não algo como “estabelece

muitas vezes uma defesa não apenas contra a administração, mas também contra o legislador.

Essa a razão de existir uma permanente reivindicação social de que normas que se pretendam realmente aplicadas sejam inseridas na Constituição.

Diga-se, aliás, entre parênteses, que esse fenômeno não pode manter-se por muito tempo. Traz ele implícito seu próprio esgotamento, já que, a partir de certo grau de intensidade, provavelmente levará para a mesma Constituição o descrédito que hoje, de senso comum, parece recair sobre a legislação ordinária¹¹. Não é à toa que já se começa a discutir com frequência cada vez maior a inconstitucionalidade de normas introduzidas na Constituição por emendas. Mas esse é tema para reflexão mais aprofundada em outra sede.

Particularmente quanto ao direito administrativo, como pondera Odete MEDAUAR:

“No curso de 20 anos, a Constituição revelou-se catalisadora da evolução do Direito Administrativo e de práticas administrativas em prol dos direitos das pessoas físicas e jurídicas.”¹²

Isso tanto porque a Constituição de 1988, mais do que suas antecessoras, “reservou importante tratamento para os assuntos referentes à Administração Pública e ao Direito Administrativo”¹³ como porque, do tratamento dado pela Constituição aos princípios fundamentais da República brasileira e aos direitos e garantias fundamentais, decorre um foco predominante nos direitos das pessoas, com necessário impacto sobre o direito administrativo (e sobre o direito em geral)¹⁴.

normas que disciplinam as relações de consumo” – ou o Estatuto do Idoso, ou a Lei Maria da Penha – que “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”.

¹¹ Atualmente, o senso comum não percebe que o constituinte, em essência, é o mesmo legislador tão desacreditado.

¹² “Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo?”, p. 107.

¹³ Odete MEDAUAR aponta que, apenas nas Seções I e II, do Capítulo VII (“Da Administração Pública”), do Título III, da Constituição, havia cerca de 42 preceitos na redação primitiva, número esse que, ao tempo em que escreve [em 2008], após emendas, chega a 70.

¹⁴ MEDAUAR, Odete, “Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo?”, pp. 103-104.

Portanto, registra-se, a partir de 1988, uma inflexão na tendência, notada no início da República (ver tópico 21), de descolamento entre direito administrativo e direito constitucional, tanto no plano da teoria, como no plano do direito positivo. Com a nova ordem constitucional, essa tendência passa assumir sentido inverso.

Esclareça-se a afirmação quanto ao direito positivo, contida no parágrafo anterior: não se nega que, após 1988, a legislação infraconstitucional sobre temas que se diriam de direito administrativo avoluma-se sensivelmente, mas isso não leva ao isolamento do direito administrativo em relação ao constitucional. Ao contrário, essa legislação sobre matéria administrativa cada vez mais traz referência a bases constitucionais substantivas, e não apenas a bases constitucionais que lhe fundamentem formalmente a validade (fixando competência legislativa).

De rigor, essa tendência pode ser contextualizada no âmbito do fenômeno mais amplo, de “constitucionalização do direito”, no sentido de “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”, tal como esclarece Luís Roberto BARROSO¹⁵.

Harmoniza-se com essa perspectiva a lição de José AFONSO DA SILVA¹⁶, segundo a qual o constitucionalismo é um “movimento histórico permanente e dinâmico”, surgido “no bojo de revoluções destinadas a refazer pactos sociais existentes em busca de nova ideia de Direito e do acolhimento de novos valores sociais”, mas sempre ativo em busca de novos conteúdos para a democracia, com o fim de combater injustiças sociais.

É natural compreender que, ainda que se trate de fenômeno sentido, em linhas gerais, nos Estados de direito ocidentais, a incidência e a intensidade da constitucionalização do direito não é igual em todos eles.

A precedência, em termos de produção de impactos sensíveis no direito positivo, cabe à Alemanha, especialmente com a compreensão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, a dimensão que os toma por referência ao seu significado para a

¹⁵ “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, p. 32.

¹⁶ “Luta pela constituição”, p. 124.

sociedade como um todo, e não apenas por referência ao proveito individual que deles decorra.

A constitucionalização do direito com base na ideia-chave de direitos fundamentais, sob influência desse modo germânico, é fenômeno sentido atualmente no Brasil.

Os direitos fundamentais, tal como tratados pela Constituição brasileira, em sua conexão com princípios (também ditos fundamentais), são a mais relevante marca do sistema constitucional atual e mais importante vetor para sua compreensão¹⁷.

No caso brasileiro, é com a Constituição de 1988, especialmente a partir da interpretação e da aplicação que lhe tem sido dadas desde o início do século XXI, que as normas constitucionais passam a desfrutar, além de supremacia formal, “também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”¹⁸.

32. Ensino: obras gerais.

Com essas ponderações introdutórias, retome-se o foco na teoria do direito administrativo, neste tópico, tratando das obras gerais.

Quanto ao segundo período da República, constatou-se, em suma, que passa a existir massa crítica suficiente para o amadurecimento de uma teoria que se transmite, com a manutenção de certos padrões, a gerações futuras. Nesse sentido, alcançou-se a formação de uma *continuidade teórica*.

¹⁷ No dizer de Clóvis BEZNOS, os direitos fundamentais configuram a própria razão de ser da Constituição (“A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão e a proteção da intimidade e da vida privada”, p. 5).

¹⁸ BARROSO, “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, p. 42. Sobre o tema da constitucionalização do direito e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no Brasil, ver, entre outros, AFONSO DA SILVA, Virgílio, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*; MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (em especial, pp. 211 e segs. – em que o autor produz estudo a partir de decisões da Corte Constitucional alemã)*; SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto, “Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas”; SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*.

Um marco temporal significativo para esse ciclo de formação que pode ser destacado é o surgimento de tratados de direito administrativo, como, emblematicamente, o de autoria de Themístocles Brandão CAVALCANTI em fins da década de 1940, bem como de obras sob formas mais reduzidas, mas com igual pretensão universalizante, tanto no sentido da abordagem do direito administrativo segundo um padrão de conteúdo temático que tende a se reproduzir, como no sentido de se apresentar um direito administrativo brasileiro em interlocução perfeitamente integrada com uma visão teórica sobre o direito administrativo comum aos Estados de direito ocidentais.

Essa ideia de uma visão teórica comum não é incompatível com a (evidente) existência de diversidade de opiniões doutrinárias e de opções de tratamento de direito positivo sobre variados temas.

Para além dos temas mais diretamente ligados aos macromodelos da legalidade e da justicialidade¹⁹, os temas em geral – que se compreendem como inerentes a qualquer abordagem completa do direito administrativo – ganham aprofundamentos específicos.

Sempre entendendo o direito administrativo brasileiro como partícipe da tradição dos Estados de direito ocidentais – e de seus macromodelos da *legalidade* e da *justicialidade* – já se propôs mais acima a compreensão de que:

a) ao tempo do Império, a teoria se organizasse em torno da discussão da *relação da administração com os indivíduos* e a *relação dos poderes entre si*, em um contexto de edificação das instituições do novo Estado nacional, ainda sob impacto historicamente muito próximo do constitucionalismo liberal (bem sintetizado pela máxima do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789);

b) ao tempo da primeira República, a teoria centrasse sua atenção na própria administração e em sua adaptação às instituições republicanas (em um momento em que a liberdade dos indivíduos não está em xeque), cuidando sobretudo da *ação da administração* e da *organização da administração*;

¹⁹ Com “temas mais diretamente ligados aos macromodelos” quer-se dizer a discussão temática da própria legalidade (princípio da legalidade, sentido de lei, poder normativo) e da justicialidade (estruturação da jurisdição, instrumentos de controle, limites do controle).

c) ao tempo do segundo período republicano (conforme periodização aqui convencionada: 1930-1988), a perspectiva binária de eixos estruturantes se dispersasse em uma *abordagem temática em leque*, porém, inspirada pela tensão ideológica existente ante uma postura *liberal-democrática* e outra *estatizante-nacionalista*.

Verifique-se agora o período atual, pós-1988, sempre tomando como material de pesquisa as obras gerais de direito administrativo, mediante os mesmos critérios de abordagem: a) as funções mais relevantes das obras; b) as principais fontes de informação em que os autores se baseiam; c) os temas que merecem mais ênfase por parte dos autores.

a) as funções mais relevantes das obras

Majoritariamente, os autores de obras gerais ainda são professores universitários. Suas obras, como no período anterior, no mais das vezes têm foco no público acadêmico, mas são produzidas de modo a igualmente servir a todos os profissionais do direito e mesmo aos administradores públicos.

É o caso, por exemplo, das obras, reeditadas, reimpressas ou distribuídas até hoje: *Direito administrativo* (1ª ed. em 1990), de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO; *Direito administrativo moderno* (1ª ed. em 1996), de Odete MEDAUAR; e *Curso de direito administrativo* (1ª ed. em 2005), de Edmir Netto de ARAÚJO, professores da casa à qual se apresenta esta tese. Ou *Curso de direito administrativo* (1ª ed. em 1980²⁰), de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO; *Curso de direito administrativo* (1ª ed. em 1994), de Lúcia Valle FIGUEIREDO; e *Manual de direito administrativo* (1ª ed. em 2013), de Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; e *Introdução ao direito administrativo* (1ª ed. em 2008), coordenada por Carlos Ari SUNDFELD e Vera MONTEIRO, professores da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas. Ou, para também mencionar referências nacionais provenientes da academia de outros Estados da Federação, *Curso de direito administrativo* (1ª ed. em 1970), de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO; *Manual de direito administrativo* (1ª ed. em 1997), de José dos Santos CARVALHO FILHO; *Direito*

²⁰ Então denominado *Elementos de direito administrativo*; o nome *Curso* é adotado na 4ª edição, de 1993.

administrativo (1ª ed. em 2005), de Romeu Felipe BACELLAR FILHO; *Curso de direito administrativo* (1ª ed. em 2005), de Marçal JUSTEN FILHO; *Curso de direito administrativo* (1ª ed. em 2008), de Raquel Melo Urbano de CARVALHO; *Curso de direito administrativo* (1ª ed. em 2012), de Alexandre Santos de ARAGÃO.

A forma do tratado – no sentido de obra mais extensa, em diversos volumes – deixa de ser praticada, possivelmente por esgotamento do modelo em um momento no qual já não está mais em questão a necessidade dessa afirmação reforçadamente enciclopédica e universalizante do direito administrativo brasileiro; ou (também), mais pragmaticamente, por razões econômicas do mercado editorial.

Em termos de autoria individual, todavia, nota-se a exceção consistente na publicação da segunda edição de cinco dentre os dez volumes do *Tratado de direito administrativo*, de José CRETELLA JÚNIOR, entre 2002 e 2006. E bem mais recentemente, no ano em curso, o lançamento do *Tratado de direito administrativo*, em dois volumes, porém sob a forma de obra coletiva, coordenada por Adilson Abreu DALLARI, Carlos Valder do NASCIMENTO e Ives Gandra da Silva MARTINS²¹.

De todo modo, mesmo as obras que se dizem “cursos”, ou similares, tornam-se, em geral, muito mais volumosas do que antes, não sendo raro que superem mil páginas, em um tomo só.

Quanto ao período republicano anterior (1930-1988), sugeriu-se que as obras pudessem ser analisadas por referência a quatro principais posturas: a) obras das quais decorrem formulações teóricas propensas a suportar a realização concreta de determinado projeto político-governamental; b) obras propiciadoras de formulações teóricas tendentes a facilitar um direito administrativo mais operacional; c) obras portadoras de formulações teóricas que visam a uma neutralidade científica; d) obras que ensejam formulações teóricas tendentes a dar relevo a determinados valores acolhidos pelo direito.

²¹ Aliás, talvez se trate da chegada ao Brasil de prática comum em outros países (Itália, Portugal, Alemanha): tratados de autoria coletiva. No Brasil, ainda que sem intitular-se tratado, já havia iniciativa similar na forma: o *Curso de direito administrativo econômico*, publicado pela Editora Malheiros, em 2006, com três volumes de autoria coletiva, sob a coordenação de José Eduardo Martins CARDOZO, João Eduardo Lopes QUEIROZ e Márcia Walquiria Batista dos SANTOS. Também de autoria coletiva, mas em um volume, registre-se o *Direito administrativo*, coordenado por Sônia Yuriko Kanashiro TANAKA, de 2008.

No período posterior a 1988, dada a continuidade de transição entre governos dentro do mesmo regime constitucional (por eleições, ou, em um caso, pelo processo, também constitucional, de *impeachment*), faz menos sentido haver em obras a postura identificada na alínea “a)” acima indicada.

Sobre isso, pode-se dizer que todas tendem a afirmar e apoiar a consolidação do regime constitucional²².

Quanto à postura mencionada na alínea “b)” acima, favorável a um direito administrativo operacional – marca intensamente encontrada na obra de Hely Lopes MEIRELLES e naquelas que mais diretamente influenciou –, tem ela sua razão de ser em período no qual a legislação sobre o direito administrativo era muito mais escassa ou menos sistemática, especialmente no tocante aos temas relativos à relação da administração com os indivíduos, para além dos temas de organização ou funcionamento interno da administração²³.

Com efeito, a postura *operacional* tem o sentido de suprir as omissões do legislador, ao fornecer aos aplicadores do direito administrativo (particulares ou agentes estatais) certo

²² O que não impede que eventualmente se explicita relação específica, positiva ou negativa, com determinado governo. Exemplifique-se com os seguintes trechos constantes do *Curso de direito administrativo*, de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (que, ressalvando respeito ao pensamento do autor, aqui não se subscrevem):

“Sem embargo, este mesmo empresariado, na América Latina, hoje combalido e trôpego, apoiou de todos os modos aqueles políticos que representaram, com invulgar eficiência, as teses de seus verdugos (e verdugos de suas populações): Carlos Menem, na Argentina – a qual serve como exemplo modelar do ‘sucesso’ das teses do Fundo Monetário Internacional –, Alberto Fujimori, no Peru, e Fernando Henrique Cardoso, no Brasil, os três que reformaram as respectivas Constituições para se reelegerem e cujas atuações deixaram seus países no estado miserável em que ficaram após suas desastrosas passagens” (pp. 52-53).

“É que o Brasil mal conhece instituições políticas democráticas. Desde 1500 – quando foi descoberto – até o presente não experimentou mais do que pouquíssimos anos de cambaleante democracia política, o que ocorreu entre 1946 e 1964, e desde 1986 (democracia social, até o advento das espetaculares realizações do governo do Presidente Lula, não teve um único dia)” (p. 107).

“Basta lembrar que a Constituição brasileira consagrava estas soluções [em matéria de monopólio estatal do Petróleo ou de exploração de recursos minerais por nacionais do País] até o Presidente Fernando Henrique Cardoso assumir a Chefia do Executivo e conseguir que o Congresso editasse emendas constitucionais para eliminar estas garantias instituídas em prol dos interesses do Brasil e dos brasileiros” (p. 69).

²³ Divisão que Charles EISENMANN diz “direito administrativo material” e “direito administrativo organizacional” (“Jurisdiction et logique”, p. 422); ou que corresponde aos aspectos da administração que Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO chama “extroversos” e “introversos”, respectivamente (*Curso de direito administrativo*, pp. 131-132).

grau de certeza quanto a conceitos e quanto à aplicabilidade de princípios e regras então afirmados dogmaticamente pela doutrina.

No período posterior a 1988, seja pela ampliação do tratamento de diversas matérias de direito administrativo na própria Constituição, seja pela fértil produção legislativa, perde, portanto, relevância a postura operacional.

Restam, pois, mais claras as posturas identificadas com a busca de uma *neutralidade científica* ou com a *visão finalística ligada a determinados valores* que se entendem acolhidos pelo direito (alíneas “c)” e “d)” arroladas mais acima).

Todavia, a análise de obras do período indica que essas duas últimas posturas tendem a fundir-se, diluindo-se pelas obras dos autores em geral.

Explique-se melhor essa afirmação.

Há obras em que prepondera a visão finalístico-valorativa, assim como há obras em que tende a prevalecer uma neutralidade.

Porém, especialmente a partir do século XXI, acirra-se uma polêmica, no debate acadêmico, entre duas correntes de pensamento que se definem em torno de dois eixos valorativos fundados, respectivamente, nos direitos fundamentais e na supremacia do interesse público²⁴.

Em face dessa polêmica, mesmo obras que tendem à neutralidade científica acabam, de passagem, por posicionar-se.

²⁴ A discussão do tema e a oposição de correntes de pensamento a respeito não é novidade do século XXI; a novidade está na dimensão da polêmica no âmbito da teoria. Veja-se exemplo de formulação, de tempo anterior no Brasil, que claramente aborda a questão: “A predominância do poder do Estado sobre o indivíduo explica-se, precisamente, porque o poder público é *poder social*, instituído em prol da realização do *fim social*, por intermédio do Estado. Os indivíduos são meios de que se serve o Estado para a realização do fim social que lhe compete. Daí, a autoridade para constrangê-los a praticar tudo quanto vise à realização do fim social, que, sinteticamente, se resume no bem comum” (MENDES JÚNIOR, Onofre, *Manual de direito administrativo*, p. 78).

Por outro lado, a tradição estabelecida quanto à abordagem de determinados temas nas obras gerais de direito administrativo impele também as obras com vocação finalístico-valorativa a percorrer certo roteiro temático completo.

Desse modo, praticamente todas obras gerais, com diferenças de sistematização ou de nomenclatura, tratam de: surgimento do direito administrativo (contexto político, história, evolução); conceito de direito administrativo e função administrativa; atividades e poderes da administração; princípios do direito administrativo; ato administrativo, processo administrativo; licitação; contratos; bens públicos; servidores públicos; serviço público (incluindo concessões, eventualmente tratadas no capítulo dos contratos, ou em capítulo à parte); poder de polícia; limitações ao direito de propriedade; responsabilidade do Estado; controle da administração; prescrição e decadência (como capítulo autônomo, ou não). Algumas ainda dão destaque, em capítulos próprios, a temas de direito administrativo econômico, configurando uma pauta mais recentemente integrada às obras gerais: intervenção no domínio econômico, fomento e, em um sentido amplo, regulação²⁵.

E determinados capítulos temáticos – por exemplo: servidores públicos e organização da administração – naturalmente tendem a ser menos propícios a uma abordagem valorativa (dado que, no caso, os valores em questão sejam inerentes aos direitos fundamentais e ao interesse público).

Desse modo, considerando-se que as duas últimas posturas que se estão invocando nesta sequência de análise tendem a se fundir, ainda que com diferentes intensidades, nas obras gerais, apresentem-se algumas observações complementares.

Frise-se, em primeiro lugar, o aspecto da *neutralidade científica*.

Com a retração das obras de vocação tratadística, consequência da autoafirmação da teoria nacional – ou seja, consequência da desnecessidade de que permanentemente se apresentem e reiterem provas da inserção dessa teoria no âmbito de um universo teórico comum aos Estados de direito ocidentais – tendem a se reduzir quantitativamente as

²⁵ Para desenvolvimentos específicos, sob nova perspectiva de organização da matéria, do tema do Estado regulador ou do direito regulatório, ver JUSTEN FILHO, Marçal, *O direito das agências reguladoras independentes*, especialmente, pp. 9 a 50; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito regulatório*.

construções que se baseiam, sobretudo, em conceitos, classificações e interpretações, apresentados a partir da citação de diversos autores, nacionais e estrangeiros, no mais das vezes, organizados em correntes distintas.

Reduzem-se, mas mantêm-se presentes, consolidadas em versões bem mais reduzidas na forma de exposição.

Assim, em período anterior, ao introduzir, por exemplo, o tema dos atos administrativos, José CRETILLA JÚNIOR²⁶ estruturava seu texto de modo a apresentar o problema por meio do apontamento das divergências conceituais quanto à “ideia imprecisa de ato administrativo”, citando “autores franceses”, “autores italianos” e “outros autores”: HAURIUO, DUGUIT, WALINE, LAUBADÈRE, TRENTIN, LENTINI, ZANOBINI, TESAURO, FRAGOLA, ALESSI, RANELLETTI, STASSINOPOULOS, FLEINER, CAETANO, GASCÓN Y MARÍN, ÁLVAREZ-GENDÍN, OVIEDO-ARTÍNEZ, SAYAGUÉS LASO, BIELSA.

Por sua vez, tratando do assunto nos dias de hoje, Odete MEDAUAR principia por – com uma visão finalística – relacionar “ato administrativo e Estado de direito” (em tópico que leva essa expressão como título):

“Em relação às práticas do Estado absoluto, [a noção de ato administrativo] configura importante conquista, por inserir, entre a vontade da autoridade e um efeito sobre direitos dos indivíduos, um conjunto de preceitos destinados justamente a disciplinar essa atuação e a prefixar esses efeitos. Desse modo, a Administração não mais atua por operações materiais imediatas à vontade pessoal do governante: as decisões devem ser afirmadas por manifestações prévias ao resultado concreto, de acordo com parâmetros antes fixados, que visam a assegurar o respeito a direitos dos particulares”²⁷.

²⁶ *Tratado de direito administrativo*, v. II, pp. 19 e segs..

²⁷ *Direito administrativo moderno*, pp. 152-153.

E a autora prossegue com uma abordagem sintética da conceituação de ato administrativo, passando à análise de seu regime no direito brasileiro, não deixando de citar, quando pertinente, mas de modo sucinto, aspectos colhidos da experiência estrangeira.

Para dar outro exemplo comparando o período atual com anterior, agora sobre o tema dos contratos administrativos, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO²⁸ – e isso para citar um autor que já se disse tender mais a uma abordagem concentrada na visão finalístico-valorativa do que a adotar uma postura de neutralidade científica – discute amplamente como o tema suscitava grande polêmica entre juristas na França, na Alemanha e na Itália, a partir da indicação de várias posições que oferecem distintas respostas às questões sobre: a) poder haver contrato entre pessoas em situação jurídica distinta, dada a posição de supremacia da administração em relação aos administrados; b) poder contratar-se um objeto fora do comércio, como as obras e serviços públicos; c) poder existir natureza contratual em uma relação que, em nome do interesse público, relativiza a máxima *pacta sunt servanda*, e na qual uma das partes (o Estado) não possui propriamente autonomia da vontade.

Abordando hoje o mesmo tema dos contratos, sem deixar de fazer referência expressa ao pensamento de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO²⁹ parte diretamente para o aprofundamento de indagações teórico-conceituais sobre o contrato administrativo, tais como as peculiaridades do contrato administrativo em relação ao contrato de direito privado da administração ou as impropriedades de se abrigarem, sob o nome “contrato”, situações jurídicas muito distintas – porém, sem retomar as discussões históricas de correntes estrangeiras³⁰ – e, depois, prossegue com a análise dos contratos administrativos no regime jurídico brasileiro vigente.

Enfim, em um aspecto geral, além dessa retração da exposição enciclopédica de abordagens de múltiplas correntes, as escolhas conceituais ou interpretativas feitas tendem – mesmo nas obras preponderantemente neutras, diferentemente do que se disse

²⁸ *Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 670 e segs..

²⁹ *Curso de direito administrativo*, pp. 626 e segs..

³⁰ Ganha menção, ainda assim resumida, a origem francesa da figura, por ter sido a construção que mais fortemente influenciou o direito brasileiro (*Curso de direito administrativo*, pp. 628-629).

sobre o período anterior – a ser postas com uma mais clara conexão com suas consequências políticas ou de operação da máquina estatal.

Verifique-se, por exemplo, a seguinte passagem de José dos Santos CARVALHO FILHO, cuidando das parcerias público-privadas:

“Por questão didática, procuraremos comentar o instituto sem qualquer passionalismo nem ideologia política, mas, ao revés, levando em consideração o direito positivo em si, ou seja, o conjunto das normas que regulam as parcerias, inclusive buscando harmonizá-las com os parâmetros estabelecidos na Constituição.”³¹

Mas, logo em seguida, o autor acrescenta: “Não podemos deixar de considerar, da mesma forma, o desiderato do legislador: a execução e a melhor gestão dos serviços públicos”. Isso após contextualizar as parcerias público-privadas no âmbito de tendência internacional de busca, pelo Estado junto ao setor privado, de eficiência e de disponibilidade de recursos financeiros. E conclui, então, com frase que reitera a neutralidade da abordagem, porém, com atenção para os resultados concretos: “Se semelhante modelo será frutífero ou não, só o tempo dirá – o tempo e também a forma como irá conduzir-se a Administração na aplicação do instituto”³².

Destaquem-se, agora, os aspectos de postura *finalisticamente ligada a determinados valores*. Essa a marca mais forte da teoria do direito administrativo atual, como esclarece Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

“A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e dos encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.

³¹ *Manual de direito administrativo*, p. 423.

³² *Manual de direito administrativo*, p. 423.

“Bem por isso que, antes da Constituição Federal de 1988, percorreu-se longo caminho para a sedimentação da compreensão finalista de Administração Pública, como aparato constituído pelo Estado para satisfação do bem comum.”³³

Também Odete MEDAUAR expressa a compreensão finalista do direito administrativo. Após afirmar sua finalidade de limitação do poder e de garantia da liberdade individual, acrescenta, em perspectiva evolutiva, a dimensão de promover prestações positivas para a efetivação de direitos sociais e econômicos, inclusive de titularidade coletiva e difusa, e conclui:

“O direito administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante transformação. Por isso, deve tornar mais acessíveis seus enunciados, para que traduzam vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade e para que, metodologicamente, priorizem o cidadão, isolado ou em grupo, e não a autoridade. O enfoque moderno e evolutivo significa, sobretudo, o intuito do constante aprimoramento do direito administrativo como técnica do justo e, por isso, da paz social.”³⁴

Com efeito, pelos elementos vistos no tópico 31, a Constituição de 1988 é um marco importante na consolidação de uma base de direito positivo a ensejar a percepção teórica do direito administrativo como sendo finalisticamente vinculada à realização de determinados valores.

Ao se tratar do período situado entre 1930 e 1988, foram dados dois exemplos de obras edificadas com base nesse tipo de postura.

Mencionou-se o desenvolvimento que Ruy CIRNE LIMA dá à *relação de administração*, conectada com o valor da impessoalidade do direito, fruto da objetividade da vontade que caracteriza a norma jurídica no Estado de direito – em um aspecto da expressão da legalidade.

³³ *Direito administrativo*, p. 23.

³⁴ *Direito administrativo moderno*, p. 22.

Lembrou-se também de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, que dá posição central à legalidade na estrutura de sua obra, desenvolvendo-a por meio da aplicação da noção de ato de vontade, objetivado no direito, em diversos escalões do ordenamento jurídico, desde a norma geral e abstrata, até a norma individual e concreta.

Evoluindo para a teoria produzida no período atual, a mesma visão finalística atinge a noção síntese – ainda que não adotada nesses termos por todos os autores – de haver um regime jurídico próprio da administração, no mais das vezes dito “regime jurídico administrativo”³⁵.

A conformação de um regime jurídico administrativo, ou expressão análoga, é pois uma fórmula que se torna comumente empregada para designar o ponto de convergência da visão finalístico-valorativa – visão que passa a prevalecer como expressão da função que os autores veem para suas obras e para a teoria do direito administrativo.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO oferece uma explicação da noção de regime jurídico administrativo, atrelado a essa visão finalística:

“Justamente por visar o bem comum, sempre tendo em vista suas atividades contornadas pela legalidade, é que a Administração Pública submete-se a um regime jurídico próprio.

“Atualmente, o regime jurídico-administrativo já se apresenta como um tema clássico dentro do direito administrativo. Tal noção ganhou força no Brasil, na medida em que Celso Antônio Bandeira

³⁵ Empregando literalmente a expressão, ou com pequenas variações, citem-se, entre outros, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 29 e segs.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito administrativo*, pp. 23 e segs.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, pp. 60 e segs.; ARAÚJO, Edmir Netto de, *Curso de direito administrativo*, pp. 68 e segs.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de direito administrativo*, pp. 65 e segs.; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *Manual de direito administrativo*, pp. 69 e segs.; NOHARA, Irene Patrícia, *Direito administrativo*, pp.7 e segs.; MUKAI, Toshio, *Direito administrativo sistematizado*, pp. 12 e segs.; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos e QUEIROZ, João Eduardo Lopes, *Direito administrativo*, t. I, pp. 9 e segs.; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de, *Curso de direito administrativo*, pp. 21 e segs.. Já Marçal JUSTEN FILHO refere-se a “regime jurídico de direito público” e a “regime de direito administrativo” (*Curso de direito administrativo*, pp. 131 e segs. e 223 e segs.). E Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO trata da “relação jurídica administrativa” (*Curso de direito administrativo*, pp. 147 e segs.).

de Mello, pioneiramente, procurou estabelecer, em sua obra, uma sistematização dos princípios que a regem (*Curso de direito administrativo*, Capítulos I e II).

“Assim, em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que o regime jurídico administrativo é o conjunto dos princípios, de matriz constitucional, que determinam e orientam a compreensão de todo o direito administrativo.

“Ao regime jurídico é conferido, assim, o tratamento de sistema, referindo-se que por meio de tal ideia alcança-se a unidade e a coerência desse ramo do direito, estabelecendo-se a sua racionalidade interna.”³⁶

Do trecho acima transcrito destacam-se, pois, os seguintes pontos quanto ao regime jurídico administrativo:

- a) é inspirado finalisticamente (pelo bem comum);
- b) é emoldurado pela legalidade;
- c) possui por conteúdo um conjunto de princípios que regem a administração e determinam a compreensão do direito administrativo;
- d) tais princípios apresentam matriz constitucional;
- e) resulta o regime assim definido na unidade, na coerência e na racionalidade interna do direito administrativo.

³⁶ *Direito administrativo*, pp. 23-24. Aliás, particularmente no que toca ao pensamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, importa notar sua percepção mais ampla do fenômeno jurídico, de modo que o *regime jurídico administrativo* por ele concebido não deve ser compreendido como seccionado do direito como um todo, nem preso a um dos polos da dicotomia *público – privado*. Assim, o *regime jurídico administrativo* não é simplesmente um *regime de direito público*, mas é, antes de mais nada, um *regime de direito*. O autor, até mesmo, refere-se a um “regime jurídico constitucional-administrativo.” (*Processo administrativo disciplinar*, p. 27).

A essência que decorre desses pontos, de certo modo, faz-se presente na teoria do direito administrativo atual. Mesmo autores que, em suas obras gerais, não recorrem à expressão “regime jurídico administrativo” trabalham esses pontos essenciais.

Todavia, o recurso à figura do regime jurídico administrativo (ou a raciocínios análogos) não significa que todos os autores estejam acordes quanto ao conteúdo dos princípios que integram tal regime, nem quanto à eventual ênfase a ser dada a determinados princípios.

De todo modo, no momento em que a visão finalístico-valorativa passa a prevalecer, os *temas substanciais* enfatizados nas obras gerais concentram-se em *valores*, sem prejuízo de que *acidentalmente* abordem todo um conjunto temático que em dada circunstância histórica entenda-se necessário para o ensino do direito administrativo (como exemplificado alguns parágrafos acima).

Neste ponto situa-se, no debate acadêmico, a polêmica entre duas correntes de pensamento jurídico que se desenvolvem em torno dos eixos finalísticos valorativos fundados nos direitos fundamentais e no interesse público.

Enfim, encerrando esta análise do período pós-1988 pelo critério das *funções mais relevantes das obras*, pode-se observar uma convergência na visão finalístico-valorativa, combinada, em diversos graus de intensidade com a apreciação neutra do direito positivo – o que também varia conforme o capítulo de que se trate.

Essa convergência pelo aspecto da percepção funcional da obra, todavia, não exclui divergência quanto aos valores específicos que inspiram os fins, aspecto esse que será desenvolvido no subtópico desta análise relativo aos *temas que merecem mais ênfase por parte dos autores*.

b) as principais fontes de informação em que os autores se baseiam

O período histórico que antecede este ao qual agora se dá atenção, situado entre os anos de 1930 e 1988, foi apontado como aquele em que progressivamente chega ao auge o fenômeno do ganho de precedência da doutrina sobre a legislação e a jurisprudência no direito administrativo.

Mas esse panorama começa a mudar após a promulgação da Constituição de 1988, basicamente como consequência de um salto considerável no volume de legislação do direito administrativo.

Em primeiro lugar, a própria Constituição, em relação à sua antecessora, ampliou significativamente o número de dispositivos normativos sobre a matéria.

Como é notório, a Constituição dedicou o Capítulo VII do Título III (Da Organização do Estado) à “Administração Pública”, tratando minuciosamente do regime jurídico aplicável aos servidores públicos, inclusive seu regime de previdência, além de outros temas variados (como organização administrativa, licitação e contratos). E possui ainda diversos dispositivos encontrados esparsamente em segmentos do texto constitucional, mas que integram a matéria (por exemplo: controle exercido pelos tribunais de contas, controle parlamentar, atribuições de órgãos do Poder Executivo).

Ademais, a Constituição deu especial destaque a princípios aplicáveis à administração pública, tanto por meio do rol constante do *caput* do art. 37 – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, como por meio de princípios inseridos em contextos mais específicos (por exemplo: em matéria dos tribunais de contas).

Ao lado de princípios que lhe são especialmente dirigidos, a administração também deve pautar-se pelos princípios ditos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no Título I da Constituição.

E ainda ao tratar dos direitos fundamentais, não apenas a Constituição aproximou-os de um caráter principiológico, em especial pela conexão que expressamente faz entre princípios e direitos fundamentais no § 2º do art. 5º³⁷, como também previu no rol daqueles direitos alguns que impactam diretamente³⁸ a administração (por exemplo: direito de petição e de obtenção de certidões, devido processo legal no processo

³⁷ MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, p. 137.

³⁸ Destaca-se aqui o diretamente porque, indiretamente, toda declaração de direitos impacta a administração ao impor-lhe omissões em respeito ao livre exercício dos direitos ou deveres de ação para sua concretização.

administrativo, direito à razoável duração do processo administrativo – art. 5º, XXXIV, LIV, LV e LXXVIII).

Em segundo lugar, a legislação ordinária tornou-se muito mais volumosa. Isso em três sentidos principais: (i) pelo surgimento de novos assuntos na pauta do direito administrativo; (ii) pela edição de leis sobre assuntos já existentes mas não antes tratados legislativamente; e (iii) pela substituição de certas leis por outras que aportam regime mais detalhado.

Com efeito (i), desde os anos 90 do século XX testemunha-se, progressivamente, a inclusão de novos assuntos na realidade da administração e nas investigações dos administrativistas: as agências reguladoras e a própria noção de regulação; as relações da administração com o terceiro setor; a ampliação de controles sobre ação dos administradores, mediante a disciplina da improbidade administrativa; a contratualização da ação administrativa, com a criação de novos tipos de contratos (por exemplo: concessões que caracterizam parcerias público-privadas; tipos contratuais que marcam a relação com o terceiro setor; consórcios públicos) e de novas práticas contratuais (por exemplo: diversas hipóteses de substituição do exercício do poder unilateral da administração por termos de ajustamento de condutas ou figuras similares).

Além desses novos assuntos impactando diretamente o direito administrativo, há outros que o fazem indiretamente: são conjuntos temáticos que, partindo de uma matriz administrativista, vão ganhando especialidade no tratamento acadêmico: direito ambiental, direito urbanístico, direito econômico.

Por outro lado (ii), certos temas que já correspondiam a prática da administração e mesmo constavam da preocupação dos acadêmicos, receberam disciplina legislativa no plano de uma sistematização geral. É o caso da lei geral das concessões de serviços públicos (Lei n. 8.987/95, com complementos trazidos pela Lei n. 9.074/95), ou da lei geral sobre processo administrativo federal (Lei n. 9.784/99)³⁹.

³⁹ Entretanto, ressalve-se ainda haver campos temáticos não atingidos por essa nova tendência legiferante. É o caso dos bens públicos, em relação aos quais, no entender de Floriano de Azevedo MARQUES NETO, “em que pesem os impactos das novas formas de atuação do Estado, não apenas as mais recentes, mas também aquelas decorrentes do Estado Social e Intervencionista”, o direito positivo brasileiro ainda não passou por evolução compatível (*Bens públicos: função social e exploração econômica*, p. 31).

E (iii), mesmo em casos de temas objeto de legislação específica há mais tempo, surgem novas leis mais minuciosas que as antecessoras, como, por exemplo, a lei geral sobre licitações e contratos administrativos (Lei n. 8.666/93), ou a lei de responsabilidade fiscal, em matéria de finanças públicas (Lei Complementar n. 101/00).

Em terceiro lugar, até por consequência do que se acaba de dizer, os temas de direito administrativo passam a ser mais judicializados, acarretando um robustecimento da jurisprudência a respeito do tema, inclusive nos tribunais superiores⁴⁰.

Nesse cenário, a teoria passa a tomar o direito positivo mais intensamente como fonte fundamental das informações sobre as quais trabalha.

Os autores, sobretudo os que formularam a primeira versão de suas obras em tempo mais recente no período (desde meados dos anos 1990), em grande medida introduzem os temas que vão desenvolver em cada capítulo com a preocupação de situá-los a partir do tratamento constitucional que recebem, seja um tratamento específico, seja um tratamento por princípios constitucionais mais gerais. E argumentam com a indicação expressa de textos legislativos e de decisões jurisprudenciais.

Assim, por exemplo, Odete MEDAUAR⁴¹ extrai da Constituição Federal as bases para dissertar sobre noções gerais de organização administrativa (administração direta e indireta – pp. 59-60, 74-77); princípios do direito administrativo (p. 137); processo administrativo (p. 183); licitação (pp. 200-201); bens públicos (p. 277); servidores públicos (p. 300); serviço público (p. 358-360); limitações ao direito de propriedade (p.

⁴⁰ Algumas novas escolas de direito – o exemplo mais evidente é o da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (ver ANGARITA, Antônio; AMBROSINI, Diego R.; e SALINAS, Natasha S. C., *Construção de um sonho: Direito GV*, pp. 168 e 181) – tendem a adotar o sistema de estudos de casos, que naturalmente valoriza a jurisprudência (sem prejuízo de que se extraiam casos de outras fontes – como se pode ilustrar com a obra coordenada por Carlos Ari SUNDFELD e Vera MONTEIRO, *Introdução ao direito administrativo*, produzida também no âmbito da “Direito GV”). Não é essa, todavia, a opção de método de ensino da maioria das faculdades. Particularmente Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO critica a opção. Na medida em que o direito brasileiro não adota o *case law*, não se valorizando no País os precedentes judiciais como nos sistemas britânico ou norte-americano, e na medida em que é a doutrina que influencia o Judiciário, entende o autor que ensinar, nas faculdades, a partir do *case method*, “seria simplesmente deslocado, algo grotesco, uma cópia ingênua e caricata, mero ‘macaquear’ (com perdão da expressão prosaica) os norte-americanos, arremedo servil de um outro mundo, de um outro sistema e de uma outra visão do Direito” (*Curso de direito administrativo*, p. 43).

⁴¹ As páginas indicadas na sequência do parágrafo referem-se a *Direito administrativo moderno*.

388); responsabilidade civil do Estado (p. 413-415); recursos administrativos (p. 425); controle da administração pelo tribunal de contas (p. 437); e controle jurisdicional da administração (p. 440). E Marçal JUSTEN FILHO, em seu *Curso de direito administrativo*, traz, intercaladas com diversos tópicos sobre os quais disserta, chamadas com o título “jurisprudência do STF”, ou “jurisprudência do STJ”, contendo excertos de decisões relevantes.

A tendência constatada não afasta, por vezes, que a doutrina reaja contra a mudança legislativa, ou contra a superveniência de lei que trate de assunto antes não legislado – não necessariamente para negar sua validade (ou até mesmo para fazê-lo), mas para criticar a opção de política do direito –, quando essa mudança afronte posições doutrinariamente estabelecidas.

Esse tipo de reação é objeto, por exemplo, da crítica de Vitor Rhein SCHIRATO⁴², em matéria de serviço público, quando observa que “a força das construções ideológicas do serviço público é tamanha que se pretende que o texto constitucional seja interpretado a partir de concepções doutrinárias, quando a realidade – parece-nos – deveria ser o exato contrário”. Nesse sentido, o autor sustenta que a remissão do art. 175 da Constituição à *disciplina legal* implica que o “regime jurídico de um serviço público deva ser aquele compreendido na lei específica e não em letra não escrita da Constituição Federal”.

Tal situação se passou, por exemplo, com a permissão de serviço público. Ante ausência de tratamento legislativo, a doutrina considerava-a “ato unilateral”. Todavia, a Lei n. 8.987/95 disse-a “contrato” (art. 40).

Nessa situação, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO posiciona-se:

“Importa, em primeiro lugar, distinguir *concessão* e *permissão*, podendo-se adiantar que esta, doutrinariamente, não tem natureza contratual, sendo tratada neste capítulo [contrato administrativo] para permitir a adequada diferenciação dos institutos e pelo fato de o artigo 175 da Constituição Federal ter uma redação que permitiu

⁴² *Livre iniciativa nos serviços públicos*, p. 91.

a conclusão de tratar-se de contrato; como tal foi a permissão tratada na Lei n. 8.987/95.”⁴³

Na mesma linha, porém manifestando-se de modo mais contundente, Edmir Netto de ARAÚJO refere-se ao fato de o instituto da permissão ter sido desnaturado e tratado com incoerência pela lei⁴⁴. E Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO qualifica o tratamento conceitual dado pela lei à permissão de “grotesco e teratológico” e que a lei, ao querer “conciliar o inconciliável”, ao mesmo tempo atribuindo à permissão características próprias de ato unilateral e de contrato, parece pretender rivalizar com o “Samba do Crioulo Doido”⁴⁵.

Outro exemplo que pode ser lembrado é o da inclusão, pela Emenda Constitucional n. 8/95, da expressão “autorização”, no art. 21, XI e XII, da Constituição, ao lado de “permissão” e “concessão”.

Marçal JUSTEN FILHO⁴⁶ interpreta-a com o sentido de se haver alargado a compreensão das atividades ali arroladas (telecomunicações, radiodifusão...), agora passíveis de tratamento seja como *serviço público*, ligado às figuras da concessão e permissão (Constituição, art. 175), seja como *atividade econômica*, ligada à figura da autorização (Constituição, art. 170, parágrafo único).

Todavia, nesse caso, a resistência de parte da doutrina seria à transformação da compreensão das atividades ali mencionadas, que passariam a ser, em parte, tratadas como atividades econômicas e não como serviços públicos.

Assim, em um primeiro momento, a inclusão da expressão “autorização” foi abordada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO como em nada alterando o caráter de serviço público, de caráter privativo do Poder Público, “que os prestará diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”. E ainda afirmava que “o Texto Constitucional usa as expressões ‘autorização, concessão ou permissão’ por insuficiência técnica”, pois

⁴³ *Direito administrativo*, p. 309.

⁴⁴ *Curso de direito administrativo*, p. 739.

⁴⁵ *Curso de direito administrativo*, pp. 774 e 782.

⁴⁶ *Curso de direito administrativo*, pp. 739-740.

deveria ter se referido apenas a essas duas últimas, já que autorização refere-se a atividades privadas que dependem de prévia aquiescência do Estado⁴⁷.

É certo que, no entanto, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, desde a 14ª edição de sua obra, explicita revisar seu ponto de vista, aceitando que a autorização referida nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição refira-se não a serviço público, mas a, por exemplo, serviços de telecomunicação de interesse privado, como de radioamador ou interligação de empresas por cabos de fibra ótica⁴⁸.

Retomando o fio da argumentação – sobre a perda de peso relativa da doutrina como fonte de informação das obras gerais –, poder-se-ia ponderar que grande parte do conteúdo que hoje consta da legislação e da jurisprudência consiste em ideias antes consolidadas na doutrina.

Contudo, o fato de os raciocínios dos autores fundamentarem-se na legislação ou na jurisprudência, ainda que estas hajam historicamente se inspirado na doutrina, muda o fundamento imediato da fonte argumentativa.

E pode-se daí supor uma tendência de que as novas gerações de doutrinadores, progressivamente, passem a fazer doutrina sobretudo a partir do direito positivo brasileiro – e não a partir da doutrina precedente.

As considerações feitas nos parágrafos acima, no entanto, devem ser complementadas pela constatação de que as obras gerais continuam – ainda que em um peso relativamente menor – a se valer de apoio em construções doutrinárias, nacionais ou estrangeiras.

Cabem, sobre isso, ainda dois comentários.

⁴⁷ *Curso de direito administrativo* (13ª ed., p. 608).

⁴⁸ *Curso de direito administrativo* (30ª ed., pp. 706-707). Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, a seu turno, sustenta posição que mostra haver ainda uma compreensão possível da autorização, pela Constituição, com o sentido de “serviços públicos” explorados em “regime privado”, com a introdução de competição entre os prestadores, sujeitos tanto às “regras de regulação como às regras nacionais de definição da concorrência” (“As agências reguladoras”, p. 2).

O caso do emprego constitucional da palavra “autorização” no art. 21 gera ainda outro debate a partir de postura da doutrina, envolvendo a distinção doutrinária entre autorização como ato discricionário e licença como ato vinculado. Para uma abordagem crítica da questão, ver COUTO E SILVA, Almiro do, “Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares”, p. 27.

Em primeiro lugar, o apoio que as obras gerais buscam na doutrina dá-se de modo a confirmar a característica, já realçada quanto ao anterior período estudado, de colocarem a dialogar, em pé de igualdade, doutrina nacional e estrangeira.

Tem-se a impressão de que, na fase atual, o sentido de *autoridade* do argumento de base doutrinária decorre antes da reputação pessoal de cada autor citado, do que da massa coesa do pensamento de uma certa origem estrangeira.

Assim, em épocas anteriores era mais comum encontrar-se, para a introdução de determinado tema ou conceito, a menção de diversas “escolas” nacionais – “escola francesa, escola italiana, escola alemã” – com a citação, em série, de inúmeros autores.

VIVEIROS DE CASTRO⁴⁹, por exemplo, discute a noção de direito administrativo com a citação, organizada por nacionalidades, de VIVIEN, BATBIE, DUCROCQ, MACAREL, DARESTE, HAURIU, SCOLARI, BONASI, DE GIOANNIS, MANNA, ORLANDO, LORIS, MEUCCI, DI BERNARDO, FERRARIS, ROESLER, STEIN, LOENING, MOHL, GERSTNER, PÖZL, ZÖPFL, entre outros.

Ou, em época um pouco mais recente, essa característica se faz presente em um trecho como o seguinte, de autoria de Onofre MENDES JÚNIOR⁵⁰: “Entre outros, alinham-se nesse terreno de conceito [de função administrativa] por exclusão FLEINER, OTTO MAYER, JELLINEK, WALINE e, de modo geral, os autores espanhóis”.

No caso desta última citação, são nomes de peso específico, mas citados de modo a dar noção de conjunto do pensamento germânico – fora WALINE –; e, na parte final da oração, fica mais clara ainda a característica que se quer ressaltar: importa a referência genérica aos autores espanhóis, mais do que ao pensamento de cada um.

Já nas obras do período atual, diferentemente, a citação, individualizada ou em bloco, de autores reunidos pelo critério de origem nacional tende a surgir apenas em passagens nas quais está em questão a *análise comparativa* entre direitos de diversas nacionalidades.

⁴⁹ *Tratado de ciência da administração e de direito administrativo*, pp. 87 e segs..

⁵⁰ *Manual de direito administrativo*, v. I, p. 24

De resto – o que se passa no mais das vezes –, quando o que está em questão não é fazer direito comparado, mas sim tomar de empréstimo um bom argumento, ou escorar-se na qualidade de uma clara definição, ou indicar um pensamento estruturante do raciocínio que se quer desenvolver, importa mais a citação do autor por seu mérito pessoal, seja ele brasileiro ou estrangeiro, independentemente da existência de coesão no pensamento de outros autores do mesmo país.

Em segundo lugar, outro ponto a ser destacado nesta apreciação de como as obras do período atual lidam com a fonte doutrinária de informação é o do retorno a uma prática que se notava mais ao tempo do Império: o recurso a obras que não sejam de direito administrativo.

Ocorre que, naquela época, isso se dava, principalmente, de um lado, pela relativa escassez de obras específicas de direito administrativo, de outro, pela tendência de alguns temas então desenvolvidos penderem para considerações político-filosóficas quanto à edificação das bases de um Estado nacional recém-fundado.

Já nos períodos intermediários da República, nota-se, como visto, uma tendência para a construção técnico-jurídica, com a busca de uma identidade exclusiva do direito administrativo, de modo que passam a preponderar referências bibliográficas a um círculo mais fechado de obras jurídicas especializadas na matéria administrativista.

Atualmente, aquela tendência multidisciplinar volta a se fazer sentir.

De um lado, retoma-se abertura para abordagens não jurídicas, por exemplo, com análises de ciência da administração no capítulo da organização administrativa contextualizada na “reforma do Estado” (para usar a linguagem típica dos anos 1990, quando o Brasil teve um Ministério da Administração e Reforma do Estado); com análises econômicas para a explicação de fenômenos de parcerias em assuntos que envolvam investimentos privados; com análises sociológicas para a compreensão da expansão do uso, pela administração, de mecanismos de consenso, ou de parcerias com o terceiro setor.

De outro, busca-se uma interdisciplinaridade jurídica, notadamente com o recurso a constitucionalistas e teóricos gerais do direito para embasar certos temas. Este aspecto ficará mais evidente com as considerações a seguir.

c) os temas que merecem mais ênfase por parte dos autores

Em subtópico análogo a este, referente ao período histórico que se estende de 1930 a 1988, procurou-se, com as justificativas lá apresentadas, cruzar a análise dos temas destacados nas obras gerais (organizados pelos macromodelos de legalidade e justicialidade) com a dualidade de tendências ideológicas em tensão, marcantes daquele momento (liberalismo-democrático e estatismo-nacionalista).

Concluiu-se que a *legalidade*, de um lado (liberal-democrático), era lida idealmente como correspondendo à normatização geral e abstrata posta pelo parlamento, em uma desejável coincidência de legalidade formal e material; mas, de outro (estatizante-nacionalista), era percebida como aberta para uma ampla atividade legiferante pela administração.

Concluiu-se também, agora quanto à *justicialidade* que, por caminhos e por objetivos diversos, as visões políticas opostas acabam por resultar em conclusão semelhante: a limitação da ação do controle judicial à esfera da legalidade dos atos administrativos. Pela ótica liberal-democrática, limitar o controle judicial sobre o ato administrativo aos aspectos de legalidade valoriza o respeito da decisão legislativa (ao mesmo tempo no sentido formal e no sentido material de lei); e pela perspectiva estatizante-nacionalista igualmente pretende-se valorizar a decisão legislativa, todavia, em uma lógica de legalidade decorrente, em grande medida, da ação do poder executivo.

Já no primeiro subtópico de análise do período pós-1988 (*as funções mais relevantes das obras*), constatou-se a convergência na visão finalístico-valorativa, ainda que combinada, em diversos graus de intensidade – conforme a propensão de cada autor e o capítulo temático de que se trate – com a apreciação neutra do direito positivo.

É o momento em que os *temas substanciais*⁵¹ das obras concentram-se em *valores*.

⁵¹ Que orbitam mais de perto os modelos de legalidade e justicialidade, ao lado de outros temas *acidentais*, estes apresentados “em leque”.

Essa convergência na visão finalístico-valorativa, contudo, não implica convergência dos autores quanto aos valores a inspirar os fins. Neste ponto situa-se a divergência entre basicamente duas correntes de pensamento, que se desenvolvem em torno dos eixos valorativos fundados, de um lado, nos *direitos fundamentais*, e, de outro, no *interesse público*.

Entretanto, as correntes ideológicas *liberal* e *estatizante*, que se mantêm no panorama do Estado brasileiro, alteram sua variante a preponderar. Conforme buscou-se esclarecer na Introdução deste trabalho, a corrente *liberal* passa a evidenciar sua nota *subjetivista*; e a *estatizante*, sua nota *publicista*.

“*Subjetivista*” e “*publicista*” são uma referência à convergência finalística da teoria em direção, respectivamente, ao valor dos *direitos fundamentais* ou ao valor do *interesse público*. *Subjetivista* relaciona-se, pois, com *sujeitos* dos direitos fundamentais; e *publicista*, com ao caráter *público* do interesse a ser prioritariamente protegido pelo direito administrativo.

No período posterior à Constituição de 1988, portanto, é possível fazer convergir a análise de modo a cruzar a *visão funcional* das obras (finalístico-valorativa) com o seu *desenvolvimento temático* – que conecta valores (direitos fundamentais e interesse público) e modelos (legalidade e justicialidade) – de modo contextualizado nas grandes linhas da tensão ideológica (liberal-subjetivista e nacionalista-publicista)

Desse modo, no período pós-1988, pode-se tentar conectar as visões jusadministrativistas finalísticas inspiradas valorativamente, de um lado, nos direitos fundamentais e, de outro, no interesse público, *respectivamente* com as correntes ideológicas liberal-subjetivista e nacionalista-publicista.

E pode-se buscar o resultado dessas duas visões – agora agregando, a uma postura ideológica, um valor teórico do direito administrativo – em termos de leituras da legalidade e da justicialidade.

Ou seja, pode-se buscar, quanto à legalidade e à justicialidade, uma leitura liberal-subjetivista, valorativamente inspirada pelos direitos fundamentais, e uma leitura estatizante-publicista, valorativamente inspirada pelo interesse público.

Ora, relativamente ao período anterior, uma distinção que se propôs quanto a resultados dessas correntes ideológicas girava em torno de sua concepção da legalidade: uma legalidade que reunisse os sentidos clássicos de legalidade formal e material, *versus* uma legalidade aberta à maior atuação do poder executivo.

Mas isso era coerente com o contexto político da época: com a alternância no poder entre governos de índole e de origem democrática ou não.

Com a estabilização democrática marcada pela Constituição de 1988, que ainda permanece, a corrente dita estatizante desloca-se da questão da expansão da legalidade formal (isto é, da justificação da interferência do poder executivo na legislação), para conectar-se a uma determinada visão valorativa de legalidade, inspirada pela supremacia do interesse público.

Abram-se aqui parênteses para se recordar que se está a fazer considerações sobre a teoria e não sobre as pessoas dos autores de cujas obras se extraíam os elementos para a formação da teoria.

Assim, quando se afirma que a corrente estatizante desloca-se da preocupação com a justificação da ação legislativa do executivo, para a defesa valorativa da supremacia do interesse público, não se quer sugerir que as pessoas que, por exemplo, no contexto dos anos 1970, defendessem a preponderância do poder executivo, sejam as mesmas a sustentar a supremacia do interesse público; e vice-versa.

São contextos diferentes e são, no mais das vezes, pessoas diferentes. E, mesmo que se trate eventualmente de pessoas cuja obra intelectual atravesse os dois períodos é normal ocorrer que, alguém, ante a personificação do estatismo-nacionalista por um governo autoritário, posicione-se na franca oposição política (ainda que isso implique a defesa de visões então encampadas por corrente liberal-democrática, no caso, quanto à legalidade), mas, no contexto de um regime democrático, constitucionalmente estável, alinhe-se,

quanto à defesa de certo valor (interesse público), com a corrente estatizante (agora estatizante-publicista), de modo desconectado do fato de ser governamentalmente oposição ou situação. Fechem-se os parênteses.

No sentido da afirmação do valor do interesse público, posição emblemática em obras contemporâneas tem sido a de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.

O autor, buscando as “‘pedras de toque’ do regime jurídico administrativo”, parte da compreensão de que o direito administrativo reproduz as características do regime de direito público em geral, às quais acrescenta especificidades. Daí prossegue:

“O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade.

“Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios:

“a) supremacia do interesse público sobre o privado;

“b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.”⁵²

Do desenvolvimento que o autor propõe para a matéria, destacam-se aqui três pontos.

O primeiro, é a compreensão de que o interesse público (do todo social) não é uma categoria contraposta à do interesse privado (individual), sendo antes o interesse do conjunto social, que vai além da somatória dos interesses individuais⁵³.

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 55-56.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 59-60.

Assim, o interesse do todo é “‘função’ qualificada dos interesses das partes”, é a “dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)”⁵⁴.

Por essa razão, é, segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO⁵⁵, logicamente inconcebível que o interesse do todo (público) seja, ao mesmo tempo, contrário ao interesse das partes que o compõem⁵⁶.

O segundo, consequência do que se acaba de dizer, é a diferenciação entre interesse público e interesse do Estado (ou das pessoas estatais) enquanto sujeito de direito⁵⁷.

Nesse ponto, invoca-se a noção de interesses primários e interesses secundários do Estado, trabalhada por Renato ALESSI, para identificar os primeiros como os verdadeiros interesses públicos; e os segundos, como interesses individuais do Estado⁵⁸.

E o terceiro, é a proposta de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO⁵⁹ de encarar-se o regime jurídico administrativo, enquanto “sistema de normas e princípios”, segundo um viés metódico de direito positivo: o conteúdo do interesse público há de ser extraído do ordenamento jurídico.

Assim sendo, “o trabalho teórico do jurista, constituído, como é, à vista de aplicações práticas, resume-se e explica-se na tentativa de descobrir a *rationale* que congrega e unifica um complexo de cânones e normas”⁶⁰.

Na mesma linha de pensamento, citem-se ainda, entre outros, os trabalhos de Lúcia Valle FIGUEIREDO⁶¹, em que se enfatiza a necessidade de busca de um conteúdo jurídico-positivo para o interesse público, bem como de Sílvio Luís Ferreira da ROCHA⁶², que já

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 60-61.

⁵⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 60.

⁵⁶ Note-se semelhança na lógica de raciocínio com aquele exposto por Jean-Jacques ROUSSEAU, em seu *Du contrat social*, quanto à distinção entre vontade de todos e vontade geral.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 62.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 66-67.

⁵⁹ *Curso de direito administrativo*, pp. 91-92.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 91.

⁶¹ *Curso de direito administrativo*, pp. 35 e 67.

⁶² *Manual de direito administrativo*, p. 52.

traz explicitação, em resposta a críticas, de conceber a noção de interesse público como “plenamente compatível com a ordem jurídica e os direitos fundamentais”.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO também compreende a supremacia do interesse público como princípio que “hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões”⁶³.

A autora situa a origem do princípio, no âmbito do direito administrativo, no momento da superação do individualismo exacerbado, em fins do século XIX. E relaciona-o às noções de justiça social, de bem comum e de bem estar coletivo, as quais passam a ser vistas como finalidades do direito, para além da garantia dos direitos do indivíduo⁶⁴.

Por outro lado, a posição de Marçal JUSTEN FILHO bem ilustra a divergência teórica que se está a apontar, propondo a substituição, como fundamento do regime de direito público, da noção de interesse público, pela de direitos fundamentais, “definidos especialmente a partir da dignidade humana”⁶⁵.

Para Marçal JUSTEN FILHO:

“O regime de direito público consiste num conjunto de princípios e regras jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais.”⁶⁶

Nota-se claramente, por comparação à postura anterior, a substituição da noção de *interesse público* pela noção de *direitos fundamentais*, como portadora dos atributos de supremacia e indisponibilidade⁶⁷.

⁶³ *Direito administrativo*, p. 66.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, p. 66.

⁶⁵ *Curso de direito administrativo*, pp. 90 e 92.

⁶⁶ *Curso de direito administrativo*, p. 139.

⁶⁷ Diversas justificativas para sua crítica à supremacia do interesse público como fundamento do direito administrativo são expostas em sua obra. Delas, em rápido sumário, podem-se destacar: a existência de uma diversidade de fundamentos para o direito administrativo, não redutíveis a um único princípio; a existência de uma diversidade até mesmo inerente ao interesse público, que antes se apresenta como interesses públicos; o anacronismo da invocação de “interesses”; enfim, a própria inexistência de um conteúdo específico para a noção de interesse público (JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, pp. 144-152).

Segundo Marçal JUSTEN FILHO, essa postura leva a dois distintos planos de exteriorização do direito administrativo:

a) no plano de uma atuação negativa, o direito administrativo “disciplina um setor de atividades e um conjunto de organizações estatais e não estatais” de modo a limitar “poderes inerentes à existência do Estado e ao desenvolvimento da sociedade humana”, sejam poderes políticos ou econômicos, estatais ou não estatais, de modo a que não sacrifiquem a liberdade e outros valores fundamentais;

b) no plano de uma atuação positiva, o direito administrativo “tem um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos”⁶⁸.

Na mesma linha de crítica à supremacia do interesse público, situa-se a obra de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, afirmando que:

“[...] no constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos *direitos fundamentais*, não há como sustentar-se o antigo princípio da *supremacia do interesse público*, que partia da existência de uma *hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados*.”⁶⁹

Na medida em que a Constituição fixe uma “*hierarquia axiológica*” em função do “*primado da pessoa humana* que se expressa nas *liberdades, direitos e garantias fundamentais*”, a lei, no Estado democrático de direito, não poderá afirmar quaisquer outros interesses públicos que rompam com essa hierarquia⁷⁰.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, pp. 92-93. Citando o pensamento de JUSTEN FILHO e apoiando-se especialmente na contemporânea doutrina alemã, Vitor Rhein SCHIRATO invoca os direitos fundamentais para justificar finalisticamente o regime dos serviços públicos, os quais operam justamente nesse plano de uma “atuação positiva” do direito administrativo (*Livre iniciativa nos serviços públicos*, pp. 97 e segs.).

⁶⁹ *Curso de direito administrativo*, p. 95.

⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, p. 95.

De rigor, no entanto, não parece decorrer desse embate doutrinário que as noções de interesse público e direitos fundamentais, tomadas em si, sejam valorativamente antagônicas, ou contraditórias.

Odete MEDAUAR, autora que sustenta visão finalística do direito administrativo, expressamente associada à realização dos direitos fundamentais⁷¹, ao tratar em seu livro de conteúdo geral sobre o direito administrativo do “tradicional princípio da preponderância do interesse público sobre o interesse particular”, critica seu uso distorcido, como fundamento de “prerrogativas e decisões, por vezes arbitrárias, da Administração Pública” e sustenta a tendência atual de sua matização “pela ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse”⁷².

Assim, num sentido de “bem de toda a coletividade”, o interesse público acaba redefinido em seu conteúdo pela ponderação dos interesses que, em uma visão ampla, sejam extraídos da ordem constitucional⁷³.

Em linha semelhante, Luís Roberto BARROSO trata de modo harmônico a “centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais” com uma “redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado”. Nessa redefinição, o autor ainda admite um sentido para a noção de interesse público e sua supremacia. Para tanto, distingue interesse público primário (“interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem estar social”) e secundário (“interesse da pessoa jurídica de direito público”) e conclui: “o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular”⁷⁴.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO, a seu turno, faz leitura do princípio da supremacia do interesse público de modo a reposicioná-lo na compreensão do primado constitucional e de sua referência ao bem comum (art. 3º, IV) e aos princípios constitucionais da

⁷¹ *Direito administrativo moderno*, p. 22.

⁷² *Direito administrativo moderno*, p. 146.

⁷³ *Direito administrativo moderno*, p. 146.

⁷⁴ “A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo”, p. 49.

administração. Nesse sentido, critica o uso desviado do princípio e ressalta a necessidade de sua motivação conforme o sentido da ordem constitucional:

“É certo, porém, que não se admite mais a utilização, pelo Administrador Público, do pressuposto ou princípio ‘interesse público’, como fórmula mágica para justificativa ou motivação da atitude tomada.”⁷⁵

A discussão sobre o tema é complexa e bastante viva nos dias de hoje; mas não é aqui a sede para aprofundamentos⁷⁶.

⁷⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito administrativo*, pp. 28-29. Ver também seu “A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro”, pp. 111-112.

⁷⁶ A polêmica ora relatada possui seus maiores desenvolvimentos em obras monográficas ou artigos, mais propensos a respostas rápidas e ao debate explícito.

Assim, por exemplo, encontram-se relevantes trabalhos sobre o tema nas obras coletivas coordenadas por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO e Carlos Vinícius Alves RIBEIRO, *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*; por Romeu Felipe BACELLAR FILHO e Daniel Wunder HACHEM, *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*; e por Daniel SARMENTO, *Interesse público v. interesse privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*.

Citem-se ainda abordagens monográficas do tema por parte de Floriano de Azevedo MARQUES NETO (*Regulação Estatal e Interesses Públicos*), Emerson GABARDO (*Interesse público e subsidiariedade*), Daniel Wunder HACHEM (*Princípio constitucional da supremacia do interesse público*). Odete MEDAUAR também se dedica ao tema em seu *O direito administrativo em evolução*. Ou ainda monografias que associam o tema ao estudo de certos institutos, como o faz José Guilherme GIACOMUZZI, quanto ao contrato (*Estado e contrato: supremacia do interesse público ‘versus’ igualdade – um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*).

Em outra perspectiva de análise, dando ênfase à discussão do tema pela teoria dos princípios, ver de Humberto Bergmann ÁVILA, “Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’”; e, em resposta, objetando-lhe a tese, Fábio Medina OSÓRIO, “Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?”.

Alguns modos de se apresentar o problema, evidenciam, ademais, uma tensão em dimensão mais subjetiva entre propensão à continuidade ou à mudança. Eis exemplos:

“Inobstante isso, nove entre dez manuais de direito administrativo publicados no Brasil continuam reafirmando não só a existência do princípio da supremacia do interesse público, como a sua suposta função de *pedra angular* do regime jurídico administrativo. [...] A doutrina e a jurisprudência brasileiras, de forma expressivamente majoritária, sustentam a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado, implícito no texto constitucional. Os publicistas de modo geral enfrentam a temática com grande naturalidade, prevalecendo o panorama de um pensamento jurídico pacificado, para o qual a existência do princípio em comento não ensejaria qualquer contestação” (BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo*, pp. 86-87).

E em sentido contrário:

“Essa busca não retrata apenas uma vontade de refazer a história [...] Sustentam tais autores – ao que tudo indica, aspirando transparecer originalidade – que a noção de interesse público radicada nas bases do Direito Administrativo moderno [...] traduziu uma reprodução de práticas autoritárias do regime próprio do Estado Absolutista” (GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder, “O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo”, p. 14).

“Faz parte do sentimento humano o desejo de insurreição contra as tradições, os pensamentos clássicos, as ideias dos mais velhos e, por que não dizer, as verdades imorredouras. Nem sempre merece crítica esse intuito de revolucionar, mudar, alterar, revolver as coisas do passado. [...]. De outro lado, não merece aplauso o mero intuito de mudar por mudar, malferindo axiomas que se revelam verdadeiramente imutáveis,

Enfim, de um lado, já se apontou uma convergência da teoria do direito administrativo atual em uma visão funcional finalístico-valorativa. Essa convergência tem em comum o ponto de partida contextual político-social como sendo o Estado de direito – ou, para falar em sua leitura pela atual Constituição brasileira, “Estado democrático de direito” –; e dessa convergência resulta um regime jurídico (administrativo) finalisticamente definido.

De outro lado, a divergência essencial está justamente nos valores a inspirarem os fins: interesse público ou direitos fundamentais. Trata-se mesmo, antes, de uma questão de ênfase: quem sustenta a tese do interesse público não é contra os direitos fundamentais⁷⁷; e quem sustenta a tese dos direitos fundamentais pretende compreender o interesse público sob as lentes da garantia constitucional desses direitos⁷⁸.

Com essas considerações, retome-se a proposta lançada algumas páginas acima de (i) tentar conectar as visões jusadministrativistas finalísticas inspiradas valorativamente, de um lado, nos direitos fundamentais e, de outro, na supremacia do interesse público,

ainda que sob o peso do passar dos tempos [...]” (CARVALHO FILHO, José dos Santos, “Interesse público: verdades e sofismas”, p. 67).

BACELLAR FILHO e HACHEM, na obra coletiva que coordenam (acima referida), trazem a público opiniões de administrativistas estrangeiros, cientes da discussão travada no Brasil, os quais adotam posturas conciliadoras, por exemplo:

(i) criticando o mau uso da noção de “interesse público”: assim como há pessoas que “falam palavras de amor” sem senti-lo, em verdade fazendo-o com “fins inconfessáveis”, há os que usam a noção de interesse público “para mentir”, igualmente ocultando seus fins desviados (MUÑOZ, Guillermo Andrés, “El interés público es como el amor”, p. 30);

(ii) propondo que, no século XXI, se repensem dogmas e princípios do direito administrativo à luz do ordenamento constitucional, dissociando interesse público e regime de exorbitância (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El interés general como categoría central de la actuación de las administraciones públicas”, p. 47);

(iii) afirmando afirmando os direitos fundamentais como “núcleo duro”, irreduzível, dos interesses gerais (MEILÁN GIL, José Luis, “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español”, p. 73); e

(iv) vislumbrando na noção de interesse geral a reunião de interesses públicos e privados, configurando o “bem comum” (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Derechos prestacionales e interés público”, p. 149).

⁷⁷ Cite-se Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, vez que, de sua obra, tem-se extraído diversos exemplos da defesa do valor do interesse público: “Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. [...] *Ele é, por excelência, o direito defensivo do cidadão* – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor as hipóteses em que os interesses individuais não de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal” (*Curso de direito administrativo*, pp. 47-48).

⁷⁸ Segundo Marçal JUSTEN FILHO, o interesse que se pode dizer “público” (com as ressalvas à imprecisão da expressão) decorre de sua finalidade de satisfazer os direitos fundamentais, os quais têm supremacia no ordenamento jurídico e cujo atendimento por parte do Estado é indisponível. Portanto, o interesse é público (sujeito a um regime de direito público) *porque* é superior e indisponível; e *não* é superior por ser público (*Curso de direito administrativo*, p. 153).

respectivamente com as correntes políticas liberal-subjetivista e estatizante-publicista e (ii) buscar o resultado dessas duas visões quanto a compreensões da legalidade e da justicialidade.

Pode-se, pois, vislumbrar uma tendência da corrente liberal – no âmbito da teoria do direito administrativo – de alinhar-se valorativamente com a defesa dos direitos fundamentais; e uma tendência da corrente estatizante, com a defesa do interesse público.

E cada qual vislumbra como ponto criticável da outra não o valor em si por ela defendido, mas o uso “liberal” ou “estatizante” que faça do valor.

Dito de outro modo, o pensamento estatizante não é contra os direitos fundamentais, mas acusa a outra corrente de pensamento de invocá-los para favorecer os interesses econômicos privados, inclusive os internacionais. E o pensamento liberal não é contra o interesse público, mas imputa à outra corrente um uso desse valor para anular a preeminência do indivíduo em face do Estado.

Verifiquem-se, então, exemplos das posições antagônicas. Todavia, estes exemplos são mais dificilmente encontráveis nas *obras gerais* de direito administrativo, surgindo mais claramente em obras monográficas ou artigos⁷⁹.

Em primeiro lugar, eis algumas passagens de autores que, ao defenderem a supremacia do interesse público, criticam o uso liberal, ou “neoliberal”, do valor dos direitos fundamentais:

De Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

“Alega-se a inviabilidade de falar-se em supremacia do interesse público sobre o particular diante da existência dos direitos

⁷⁹ Um pequeno desvio quanto à proposta de método que se tem seguido até aqui, no entanto, não significa contradição. Apenas ocorre que se está a demonstrar a tendência de conexão entre as ditas correntes político-ideológicas e os valores em questão em um momento histórico no qual, majoritariamente, as obras gerais ainda não incorporam elementos suficientes para uma conclusão. A sequência de análise – daqui a alguns parágrafos – retomará o fio da investigação da teoria do direito administrativo por meio de obras gerais em relação aos macromodelos de legalidade e justicialidade.

fundamentais constitucionalmente garantidos. Critica-se a indeterminação do conceito de interesse público. Defende-se a ideia de uma ponderação de interesses, para verificar, em cada caso, qual deve prevalecer. Prega-se a substituição do princípio da supremacia do interesse público pelo princípio da razoabilidade. O real objetivo é fazer prevalecer o interesse econômico sobre outros igualmente protegidos pela Constituição.”⁸⁰

De Emerson GABARDO:

“A radicalização liberal contemporânea, característica do individualismo pós-moderno, acaba pervertendo a ordem legal do Estado em função de um princípio de subjetividade. O Direito público passa a ser dominado pelos casos particulares, prevalecendo a lógica empírica do pragmatismo jurídico-político.”⁸¹

De Alice Gonzalez BORGES:

“Ultimamente, na oportunidade em que se discute nova legislação de licitações e contratos administrativos, vêm surgindo algumas propostas dos chamados pós-modernistas para a extinção das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, cujas prerrogativas representariam resquícios de autoritarismo reacionário incompatível com a nova ordem constitucional, baseada na supremacia dos direitos fundamentais e no Princípio da Dignidade Humana (não é bem assim; trata-se, em regra, de cláusulas que protegem o interesse público, alterando as condições previamente ajustadas à nova realidade fática, para que o contrato não se desvie dos resultados preordenados).”⁸²

⁸⁰ “O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo”, p. 85.

⁸¹ *Interesse público e subsidiariedade*, p. 24.

⁸² “Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos”, p. 21.

Em segundo lugar, vejam-se algumas passagens de autores que, ao defenderem a preeminência dos direitos fundamentais, criticam a perspectiva que posiciona o Estado e o interesse público de modo antagônico com o indivíduo:

De Marçal JUSTEN FILHO:

“O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre Estado e indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações da sociedade. [...]

“O núcleo do Direito Administrativo do espetáculo reside no pressuposto de que o ser humano não é o protagonista nem da História, nem dos processos políticos, nem do direito. O Direito Administrativo do espetáculo costuma qualificar o ser humano como ‘o particular’, ou ‘o administrado’. O particular é uma figura indeterminada e imprecisa, destituída de características diferenciais em face do Estado e da Administração Pública (sempre com iniciais maiúsculas). O administrado não tem rosto em face do Direito Administrativo, é quase uma sombra.”⁸³

De Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

“Para cumprir a referida função operacional, a noção de interesse público necessita (i) ser tomada como algo singular e absoluto (só existe um interesse público subjacente a uma concreta ação estatal);

⁸³ “O direito administrativo de espetáculo”, pp. 67 e 73-74.

(ii) antagonizar com os interesses privados; e (iii) ser monopólio da esfera pública.

“Estas três formulações constituem verdadeiros mitos, muito presentes no discurso tradicional do Direito administrativo. Seu reiterado emprego se encontra na gênese da apropriação do interesse público pelo discurso autoritário.”⁸⁴

De Gustavo BINENBOJM:

“Assim sendo, resta demonstrado como o dito princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares [...] se revela totalmente incompatível com a espinha dorsal do Estado democrático de direito. [...] Como corolário de seu caráter aberto, pluralista e compromissório, a Carta da República não admite qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência entre os interesses coletivos e individuais.” [E segue o autor desenvolvendo um tópico intitulado “*O princípio da supremacia do interesse público, segundo a doutrina brasileira. Uso histórico do princípio como instrumento de exercício arbitrário da discricionariedade*”]⁸⁵.

Enfim, pode-se constatar uma tendência de alinhamento da postura política liberal com o valor dos direitos fundamentais; e da postura política estatizante com o valor do interesse público.

Esse alinhamento também fica evidente pelo viés negativo: a visão teórica que fundamenta o direito administrativo no valor do interesse público atribui pejorativamente

⁸⁴ “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”, p. 1.084. O texto é publicado originalmente em espanhol: “Para cumplir la referida función operacional, la noción de interés público necesita (i) ser tomada como algo singular y absoluto (solo existe un interés público subyacente a una concreta acción estatal); (ii) antagonizar con los intereses privados; y (iii) ser monopolio de la esfera pública. Estas tres formulaciones constituyen verdaderos mitos, muy presentes en el discurso tradicional del Derecho administrativo. Su reiterado empleo se encuentra en la génesis de la apropiación del interés público por el discurso autoritario”.

⁸⁵ *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, pp. 86-87.

o qualificativo *liberal* (ou, ainda pior, *neoliberal*) à visão que toma por fundamento o valor dos direitos fundamentais; e esta última atribui àquela o qualificativo, que entende ser negativo, de *estatizante* (ou, ainda pior, *autoritário*).

Resta, pois, para encerrar a análise que se vem desenvolvendo, verificar como essas correntes ideológicas, agora associadas a valores relativos à teoria do direito administrativo, interagem com os macromodelos de legalidade e justicialidade.

Quanto ao período republicano anterior, constatou-se que as correntes em questão, aplicadas à teoria do direito administrativo, afastavam-se no tocante à compreensão da legalidade, mas aproximavam-se em torno da justicialidade.

Assim, a tendência liberal-democrática sustentava uma leitura da legalidade que fizesse convergirem a legalidade formal (lei como ato do parlamento) e a legalidade material (lei como norma geral e abstrata), enquanto a tendência estatizante-nacionalista abria margem para uma atuação legislativa mais intensiva por parte da administração, resultando em atos normativos que também abarcassem normas gerais e abstratas e que fossem equiparados à lei formal.

No entanto, ambas concordavam, em linhas gerais, com a máxima de que ao poder judiciário, no exercício da jurisdição, caberia somente apreciar a legalidade dos atos administrativos.

Essa situação, de certo modo, inverte-se no período posterior à vigência da Constituição de 1988: aproximam-se sobre a legalidade e distanciam-se sobre a justicialidade.

Confira-se, em primeiro lugar, o caso da *legalidade*.

Com a convergência da teoria do direito administrativo, no pós-1988, quanto a uma postura finalístico-valorativa direcionada à noção síntese de um regime jurídico administrativo fundamentado constitucionalmente, ambas as vertentes político-ideológicas da teoria passam a defender uma compreensão teórica muito similar sobre a legalidade.

Em verdade, com a consolidação do regime democrático, praticamente desaparece do espectro da teoria do direito administrativo no Brasil a postura favorável ao reforço (de índole autocrática) da função legislativa do poder executivo.

Não se está a dizer que forças defensoras de regimes tendencialmente antidemocráticos tenham deixado de existir no plano político nacional. Mas, sim, que elas perdem espaço, de modo a não se fazerem notar com relevância na teoria do direito administrativo.

O sentimento, ínsito na sociedade, que esquematicamente se está chamando de estatizante muda de foco no plano da teoria do direito administrativo, arraigando-se na sustentação do valor do interesse público.

Nesse movimento de convergência, no tocante à compreensão do modelo da legalidade, das visões políticas aplicadas à teoria do direito administrativo, destacam-se, em suma, três pontos principais do pensamento contemporâneo dominante e fortemente majoritário⁸⁶:

- a) a expansão da legalidade de modo a abarcar o “direito” – daí por vezes preferindo-se falar em juridicidade⁸⁷ – com especial destaque para a vinculação da administração a comandos previstos diretamente pela Constituição;
- b) a persistência da valorização da legalidade formal, de modo que a expansão acima referida não admite, para efeito de atendimento da legalidade, uma vinculação a atos formalmente administrativos (ainda que materialmente legislativos) sem lastro em norma formalmente legislativa ou constitucional;

⁸⁶ Ver, entre outros, MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, pp. 139-141; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, pp. 29 e 64-65; JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de direito administrativo*, pp. 226-227; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito administrativo*, pp. 29-30; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 102-104; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, pp. 87-88; ARAÚJO, Edmir Netto de, *Curso de direito administrativo*, pp. 72-74; GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, pp. 61-62; BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito administrativo*, pp. 24-28; FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de direito administrativo*, pp. 42-44; ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Curso de direito administrativo*, pp. 57-63; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *Manual de direito administrativo*, pp. 71-73.

⁸⁷ Sobre esse aspecto de invocar-se a juridicidade, ou mesmo a constitucionalidade, em lugar da legalidade, está mais distante o consenso dos autores. Esse ponto será retomado no tópico 35.

c) a diluição da legalidade material tradicional (lei como norma geral e abstrata) ante a ênfase nos princípios, que já operam em grau naturalmente maior de generalidade e abstração, agora entendidos como normas autoexecutáveis.

Esse movimento de convergência implica que ambas as tendências ideológicas abram mão de parte de seus pressupostos: de um lado, a lei (em sentido material e formal) garantidora da liberdade individual; de outro, o poder executivo fortalecido, como instrumento de um Estado atuante.

A consequência mais liberal ou mais estatizante, que se pode extrair dessa situação de uma legalidade “ampliada” – tendendo à “constitucionalidade” –, passa a ser localizada na justicialidade.

É, pois, quanto à *justicialidade*, que se nota a nova face da divergência teórica.

No período pós-1988 soa francamente insuficiente conclusão teórica (quase) unânime decorrente do período anterior, sobre restringir-se a competência do poder judiciário ao exame da legalidade dos atos administrativos, não podendo adentrar seu mérito.

Aliás, a própria distinção entre legalidade e mérito resta esvaecida com a integração à legalidade, em grau de constitucionalidade, de princípios como eficiência, ou moralidade⁸⁸; e com a compreensão da autoexecutoriedade de direitos sociais.

A divergência teórica passa, pois, a estar nos critérios do controle judicial, ou seja, nos critérios ao alcance do órgão jurisdicional para aferir o cumprimento da legalidade pela administração.

⁸⁸ Incluída a probidade, que, segundo Marcelo FIGUEIREDO, pode ser concebida como uma “moralidade administrativa qualificada”: “viola a probidade o agente público que, em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados ‘tipos’ legais. A probidade, desse modo, seria o aspecto ‘pessoal-funcional’ da moralidade administrativa” (*Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*, p. 46). Especificamente sobre o princípio da moralidade, dando-lhe uma interpretação essencialmente jurídica, ver CAMMAROSANO, Márcio, *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Sobre o tema, em perspectiva jurídica, cite-se também Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, ao afirmar que a evolução do Estado leva a que se torne “indispensável na manifestação da vontade aferir-se a presença também da moralidade”, esclarece: “como é sabido, ‘a doutrina do exercício abusivo dos direitos representa a primeira intromissão da regra moral na esfera jurídica’. Não se trata, portanto, de nomear conceitos novos, estranhos. Mas de *atualizar* conceitos de boa administração” (*O princípio constitucional da moralidade administrativa*, p. 52).

Basicamente, duas novas posições começam a se formar na contemporânea teoria do direito administrativo – convivendo ainda com resquícios inerciais da afirmação simples da não interferência no mérito da decisão administrativa.

Na verdade, a análise das obras gerais sugere que se trate ainda do começo de uma tendência. Está-se, pois, a observar um fenômeno em plena construção, evoluindo gradualmente, mas em um movimento acelerado, desde a vigência da Constituição de 1988.

No momento atual, portanto, o reposicionamento da teoria do direito administrativo quanto à justicialidade ainda não encontrou um ponto de estabilidade.

E as considerações que se pode fazer a respeito do assunto a partir das obras gerais – tendo em vista uma análise da formação da teoria do direito administrativo – são ainda relativamente imprecisas.

Aliás, como é natural, as propostas teóricas inovadoras costumam surgir em obras monográficas, artigos científicos e teses acadêmicas (estas a serem vistas no tópico seguinte), ganhando as páginas das obras gerais quando atingem um certo grau de clareza e convicção no pensamento dos próprios autores.

Com essas ressalvas, pode-se vislumbrar uma tendência de que a *vertente liberal* da teoria do direito administrativo no Brasil, e que pode ser associada à defesa valorativa dos direitos fundamentais como seu ponto principal, pretenda ver nesses direitos o critério básico do órgão jurisdicional para aferir o cumprimento da legalidade da ação administrativa.

A índole liberal dessa tendência, em sua origem (em período anterior), expressava-se pela ênfase nas garantias decorrentes da legalidade cumulativamente material (norma geral e abstrata) e formal (ato do parlamento), a serem respeitadas pelo controle jurisdicional, cabendo a este igualmente fazer a administração respeitá-las.

No contexto atual, o aspecto *formal* da legalidade passa a incluir mais intensamente o ato do poder constituinte, ao lado do ato do parlamento. Isso, aliás, não deixa de comportar, em essência, a mesma remissão à elaboração da lei por seus destinatários ou, no mais das vezes, pelos representantes desses destinatários. No caso brasileiro, a reforçar essa última afirmação, lembre-se que o constituinte que elaborou a Constituição de 1988 confunde-se com o parlamento.

E o aspecto *material* da legalidade, por um lado – o lado da aplicação direta de princípios –, expande essa generalidade e abstração a um grau que tende à perda de segurança do comando normativo, do ponto de vista do destinatário da norma, quanto aos delineamentos da conduta que se pretende disciplinar⁸⁹. Porém, por outro, busca uma compensação, destacando a importância das regras – prioritariamente as constitucionais, mas também as legais – enquanto comandos dotados de maior definição em seu enunciado.

Assim, a invocação da importância das regras mitiga a margem de ação do intérprete jurisdicional na aplicação do que seria uma livre ponderação dos princípios.

Trata-se, enfim, de uma visão tendente a valorizar a decisão do legislador (ou do legislador constituinte), e não a decisão do órgão jurisdicional de controle, no tocante à definição da ação administrativa devida.

Por certo que a palavra final será dada pelo órgão jurisdicional; porém, a postura teórica em questão sustenta uma preponderância substancial da decisão legislativa (inclusive constitucional) que diminui a margem de “escolha” a que proceda o julgador no momento de decidir.

⁸⁹ Como sugere Carlos Ari SUNDFELD, “vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”. E mais adiante, explicitando não desprezar o debate contemporâneo sobre a teoria dos princípios, explica sua intenção de “contribuir para resgatar a seriedade do tema, que foi se perdendo com o uso forense dos princípios. De nada adiantará a crescente sofisticação teórica alcançada pelos pensadores se, usando o pretexto e o charme da teoria, o que os práticos estiverem fazendo não for além de puro voluntarismo. A caricatura dos princípios é um problema real, importante, que precisa ser enfrentado” (*Direito administrativo para céticos*, p. 60). Note-se que o autor não se posiciona ideologicamente contra princípios: apenas situa sua relevância por outros parâmetros, como se percebe em seu *Fundamentos de direito público*, pp. 143-151.

Nessa lógica, prepondera a decisão legislativa, ainda que sempre passível de controle jurisdicional.

E, de todo modo, restringe-se a prevalência da decisão discricionária da administração.

O que se espera do controle jurisdicional é reconduzir a decisão administrativa à decisão contida na legalidade, esta amplificada na medida em que se entenda iluminada pelos valores constitucionalmente prestigiados. Não se espera, todavia, que o controle jurisdicional interfira com a decisão legislada (especialmente, com a decisão constitucionalizada).

A ampliação do controle de constitucionalidade das leis, fenômeno evidente do momento atual, não modifica essa perspectiva. Na verdade, a recondução das leis (em sentido estrito) à conformidade com a constituição, ainda que feita pelo órgão jurisdicional, não nega a lógica de que a decisão normativa de conteúdo geral e abstrato já fora tomada pelo órgão de representação da vontade legiferante popular – no caso, o constituinte.

A perspectiva liberal-subjetivista, em essência, caracteriza-se por valorizar a legalidade como decisão tomada no plano normativo geral e abstrato, em relação à decisão jurisdicional, ou à decisão administrativa, tomadas no plano normativo individual e concreto. Essa legalidade que se preconiza possui um sentido amplo – constitucional, antes de mais nada – e é axiologicamente inspirada.

Cite-se, para ilustrar a construção que se está a analisar, os seguintes pontos extraídos da obra de Marçal JUSTEN FILHO⁹⁰:

- a) “o reconhecimento da importância dos princípios conduziu a certo desprestígio das regras, o que é um equívoco”;
- b) “o princípio não fornece uma solução exata, precisa e predeterminada”, remetendo a quem decide no caso concreto a escolha da solução mais adequada;

⁹⁰ *Curso de direito administrativo*, pp. 134-135. O autor indica, nessa passagem, referência a considerações aportadas por Humberto ÁVILA à teoria dos princípios (ver *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*).

c) “a existência das regras é essencial para a segurança jurídica e para a certeza do direito”;

d) “é evidente que a aplicação das regras deve ser permeada pela influência dos princípios, mas não se pode eliminar a certeza inerente à regra”;

e) “a regra traduz as escolhas quanto aos valores e aos fatos sociais, permitindo a todos os integrantes da sociedade conhecer de antemão a solução prestigiada pelo direito”.

Nota-se, portanto, que essa postura teórica está a valorizar a escolha de solução feita pelo legislador, isto é, por aquele que toma a decisão vislumbrando a matéria por uma perspectiva distanciada da situação individual e concreta.

Nesse sentido, para seguir na ilustração da teoria, por sua vertente liberal-subjetivista, lembre-se ainda, com Odete MEDAUAR⁹¹, que *não* se vive um momento de “erosão” do princípio da legalidade, mas *sim* do princípio da legalidade “girando só em torno da lei”. Trata-se, agora, de uma legalidade que vincula a atividade da administração a “valores consagrados constitucionalmente e inerentes ao modelo de Estado aí previsto”.

Também é emblemática dessa preocupação liberal-subjetivista com o prestígio da decisão normativa geral e abstrata a valorização da segurança jurídica⁹². A decisão legislativa prévia é importante instrumento para ampliar o potencial de previsibilidade da conduta a ser exigida dos indivíduos.

Passando agora à *vertente estatizante* da teoria do direito administrativo no Brasil, pode-se vislumbrar a tendência de que ela pretenda ver no interesse público o critério básico do órgão jurisdicional para aferir o cumprimento da legalidade da ação administrativa, fornecendo o parâmetro da *melhor decisão*.

⁹¹ *O direito administrativo em evolução*, pp. 146-148.

⁹² MEDAUAR, Odete, *O direito administrativo em evolução*, p. 149.

A índole estatizante dessa tendência, em sua origem, expressava-se pela abertura da legalidade para uma maior atividade legiferante pela administração, a ser respeitada pelo controle jurisdicional.

Com efeito, a administração, exercida principalmente pelo poder executivo, tende a dar relevo ao Estado personificado, em contraste com a atuação legislativa, mais expressiva da representação dos indivíduos.

Conforme já sugerido, com a estabilização democrática sob o regime constitucional vigente, a corrente estatizante desloca-se da questão da justificação da interferência do poder executivo na legislação, para conectar-se a uma determinada visão valorativa inspirada pela supremacia do interesse público.

E a supremacia do interesse público – agora por outro aspecto, que não o da concentração de poderes legiferantes na administração – evidentemente é um valor que ressalta o Estado, na sua interface com o indivíduo.

A vertente teórica estatizante-publicista, ainda que parta da defesa da legalidade, como afirmado mais acima (e mesmo da legalidade em sentido amplo, para abranger a constitucionalidade), acaba por vislumbrar a justicialidade de modo a valorizar a decisão do órgão jurisdicional de controle ante a decisão do legislador.

Recorde-se que, segundo essa linha teórica, o preenchimento substancial da noção de interesse público há de ser buscado *no caso concreto*, a partir da “finalidade predeterminada legalmente”⁹³.

A ideia de supremacia do interesse público, e seu corolário de indisponibilidade do mesmo interesse, conduzem à afirmação de caber ao órgão de controle jurisdicional buscar sempre extrair, a partir da análise quanto à finalidade posta pela lei, *a melhor solução* para cada caso concreto, pois é essa solução que implicará a efetiva supremacia do interesse público e o menor grau (se é que não o grau zero) de disposição quanto a esse interesse.

⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 77.

Conforme essa linha teórica, há um dever do administrador, controlável pelo órgão jurisdicional, de buscar, no exercício de sua *discricionariedade*⁹⁴, a melhor solução (ou a solução mais adequada, ou a ótima solução – as expressões variam) para o atendimento da finalidade legal⁹⁵.

Ao sustentar-se o dever do administrador, no exercício de sua discricionariedade, de buscar a melhor solução, transfere-se ao controlador jurisdicional o poder de tomar a decisão quanto a esse caráter de “melhor”.

Poder-se-ia argumentar que as decisões possíveis já estão definidas na lei, de modo a prevalecer o maior peso da decisão legislativa.

Contudo, segundo a visão teórica que se está a analisar, a lei não predefine, em abstrato, a melhor solução. Aliás, pode-se acrescentar que uma hipótese assim levaria a um contrassenso (admitindo-se o pressuposto dessa teoria consistente na existência de distinção qualitativa entre vinculação e discricionariedade): se o legislador já sabe de antemão, em abstrato, que uma solução é a melhor, não é o caso de discricionariedade, mas de vinculação; e seria inútil prever na lei outras alternativas a jamais serem praticadas, por já se definir, de partida, não serem as melhores.

Assim, a melhor solução deve de ser buscada pelo administrador nas circunstâncias do caso concreto, sujeitando-se essa escolha ao controle jurisdicional⁹⁶.

⁹⁴ Esse mesmo dever, no caso de exercício *vinculado* da ação administrativa – para a visão teórica (de resto, amplamente majoritária – a qual, todavia, ora não se acolhe) que admite a distinção qualitativa entre vinculação e discricionariedade –, nem precisa ser destacado: se só existe uma solução legal, nem há de se cogitar de “melhor” solução, por falta de termo de comparação.

⁹⁵ Confirmam-se, entre outros, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 989; FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de direito administrativo*, pp. 227-228. Obras monográficas têm abordado o tema, dentro de perspectivas diversas, mas tocando a essência da noção de haver, implícita na ação discricionária, a possibilidade de se chegar a *uma* melhor opção; ver, a propósito, FERRAZ, Sérgio, “Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo”, p. 300; FREITAS, Juarez, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 24 (entre diversas outras passagens); PIRES, Luis Manuel Fonseca, *Controle judicial da discricionariedade administrativa*, p. 217.

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 1.003-1.004.

Nessa lógica, prepondera a decisão jurisdicional, restringindo-se a discricionariedade da administração, mas distanciando o efeito da decisão legislativa geral e abstrata sobre o caso concreto.

O órgão de controle jurisdicional decide em nome da legalidade, ou seja, invocando a aplicação da decisão legislativa; mas, efetivamente, quem dá conteúdo à legalidade – filtrando a melhor solução *para o caso concreto* – é o órgão jurisdicional.

Trata-se, na perspectiva estatizante-publicista, em essência, de valorizar o interesse público, enquanto interesse do todo social, concebido como expressão de uma única e precisa finalidade legalmente determinada, à qual se chega, todavia, em última análise, pela decisão jurisdicional, em face das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, o foco da divergência teórica, no período posterior a 1988, desloca-se para o macromodelo da justicialidade, em uma tensão entre a valorização liberal da decisão legislativa (aqui incluído o sentido de constitucional), tomada no plano geral e abstrato, *versus* a valorização estatizante da decisão jurisdicional tomada no plano individual e concreto.

De rigor, a principal chave para a compreensão desse mudança de foco é a Constituição de 1988.

Com efeito, a grande marca do regime constitucional em vigor, menos pela literalidade da Constituição e mais pela vida que a prática institucional lhe dá – aqui compreendida a atuação dos poderes estatais e a percepção política dos indivíduos, particularmente, dos teóricos do direito – é o alargamento do sentido de legalidade, com a substituição, como centro de gravidade da questão, do binômio legalidade formal ou material, por um sentido axiológico, de base constitucional, a inspirar a legalidade.

E esse alargamento do sentido da legalidade, por óbvio, altera o modo de ser da justicialidade.

A ampliação das possibilidades de controle jurisdicional da administração é o principal vetor atual de evolução da teoria do direito administrativo.

Esses pontos serão retomados na Seção seguinte, conclusiva desta tese.

33. Pesquisa: teses acadêmicas na Universidade de São Paulo.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, notam-se algumas linhas de mudanças nas teses produzidas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coerentes com as alterações detectadas na visão teórica decorrente das obras gerais, como visto logo acima.

Em termos de finalidade regimental das teses, não há alteração em relação ao que se expôs no tópico 29: segue havendo dissertações de *mestrado* e teses de *doutorado*, como resultado dos cursos de pós-graduação; e, quanto à carreira docente, teses para concurso de *livre-docência* e de *titularidade*⁹⁷.

Há significativo aumento no número de teses de pós-graduação, em uma curva crescente desde a institucionalização dos mestrados e doutorados na USP.

Antes, todavia, de analisarem-se as linhas de mudança, indiquem-se as 153 teses identificadas, quanto ao período (1989-2012), pelos mesmos critérios utilizados para os tópicos anteriores:

AUTOR	TÍTULO	ANO	FORMA	ORIENTADOR
STERMAN, Sonia	<i>Responsabilidade do Estado pelos danos causados por movimentos multitudinários</i>	1989	Dissertação de mestrado	José Cretella Júnior
OLIVEIRA, Heli Alves de	<i>Do licenciamento ambiental</i>	1989	Dissertação de mestrado	José Cretella Júnior

⁹⁷ Por essas razões, não pareceu ser aqui o caso de abrir um espaço específico para expor o “quadro institucional da pesquisa”, como se fez na Seção 6, ao introduzir-se cada período histórico. Registre-se, apenas, adicionalmente, que no período pós-1988 há mudanças estatutárias na carreira docente, mas que não afetam a dinâmica das teses. Com efeito, diminui-se a quantidade de níveis da carreira, alterando-se os nomes: professor doutor, professor associado e professor titular. O primeiro e o último constituem cargos, providos mediante concurso público, mas sendo exigida tese apenas para o caso de titular. Professor associado, por sua vez, é função à qual ascende o ocupante de cargo de professor doutor quando obtém o título acadêmico de livre-docente – e isso pressupõe tese (arts. 76 a 87 do Estatuto da USP – Resolução n. 3461, de 7 de outubro de 1988).

MEDAUAR, Odete	<i>O direito administrativo em evolução</i>	1990	Tese para concurso de professor titular	(não se aplica)
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella	<i>Da discricionariedade administrativa</i>	1990	Tese para concurso de professor titular	(não se aplica)
ARAÚJO, Edmir Netto de	<i>Do negócio jurídico administrativo</i>	1990	Tese para concurso de professor titular	(não se aplica)
GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho	<i>Regime jurídico dos tribunais de contas</i>	1990	Tese para concurso de professor titular	(não se aplica)
UYEDA, Massami	<i>Da competência em matéria administrativa</i>	1992	Tese de doutorado	José Cretella Júnior
MEDAUAR, Odete	<i>A processualidade no direito administrativo</i>	1993	Tese para concurso de professor titular	(não se aplica)
ARAÚJO, Edmir Netto de	<i>Da convalidação do ato administrativo ilegítimo</i>	1993	Tese para concurso de professor titular	(não se aplica)
BARROS, Sérgio Resende de	<i>Parâmetros da notória especialização</i>	1993	Tese de doutorado	Manoel Gonçalves Ferreira Filho
CASTRO, Carlos Borges de	<i>O desvio de finalidade nas licitações</i>	1993	Tese de doutorado	José Cretella Júnior
CINTRA, Fernando Pimentel	<i>O princípio da subsidiariedade no direito administrativo</i>	1993	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
DONADIO, Anna Hilda de Almeida	<i>O tribunal de contas: competência, ação fiscalizadora e princípios norteadores</i>	1993	Dissertação de mestrado	Enrique Ricardo Lewandowski
PEREIRA, Marcelo	<i>O serviço público na atualidade</i>	1993	Tese de doutorado	Odete Medauar
AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do	<i>Privatização no Estado contemporâneo</i>	1994	Tese de doutorado	Odete Medauar
CASTILHO, Jocélia de Almeida	<i>A 'exceptio non adimpleti</i>	1994	Dissertação de mestrado	José Cretella Júnior

	<i>contractus' no âmbito do direito administrativo</i>			
GOMES, Antonieta Rosa	<i>Da mutabilidade dos contratos administrativos</i>	1994	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho	<i>A alteração no julgamento das ações populares no período de 1948 a 1991 e a mudança do papel do judiciário</i>	1995	Dissertação de mestrado	José Reinaldo de Lima Lopes
OLIVEIRA, Heli Alves de	<i>O princípio da publicidade no direito administrativo</i>	1995	Tese de doutorado	Odete Medauar
LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo	<i>Concessões de serviço público de rádio e televisão</i>	1997	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
KIM, Richard Paulo Pae	<i>Desapropriação urbanística</i>	1997	Dissertação de mestrado	José Afonso da Silva
AGUILLAR, Fernando Herren Fernandes	<i>Controle social de serviços públicos</i>	1997	Tese de doutorado	Eros Roberto Grau
CINTRA, Fernando Pimentel	<i>O princípio da subsidiariedade e as formas de parceria aplicáveis ao ensino público de nível básico</i>	1999	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
MARQUES NETO, Floriano de Azevedo	<i>A republicização do Estado e os interesses públicos</i>	1999	Tese de doutorado	Dalmo de Abreu Dallari
PEREZ, Marcos Augusto	<i>Institutos de participação popular na administração pública</i>	1999	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas	<i>Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental</i>	1999	Dissertação de mestrado	Odete Medauar
SANTOS, Márcia Walquiria Batistas	<i>Licença urbanística</i>	1999	Tese de doutorado	Odete Medauar
TOBA, Marcos Maurício	<i>Contornos modernos da teoria do processo administrativo</i>	1999	Dissertação de mestrado	Odete Medauar

BUCCI, Maria Paula Dallari	<i>Direito administrativo e políticas públicas</i>	2000	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva	<i>Probidade administrativa</i>	2000	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
RAMOS, Dora Maria de Oliveira	<i>Aspectos jurídicos da terceirização no âmbito da administração pública</i>	2000	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
RANGEL JÚNIOR, Hamilton	<i>Princípio da moralidade institucional: conceito, aplicabilidade e controle na Constituição de 1988</i>	2000	Tese de doutorado	Enrique Ricardo Lewandowski
ZAGO, Lívia Maria Armentano Koenigstein	<i>O princípio da impessoalidade</i>	2000	Tese de doutorado	Odete Medauar
ALMEIDA, Maria Tereza Perez de	<i>O Estado e a responsabilidade civil por omissão na proteção ao meio ambiente</i>	2001	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
LAMY, Marcelo	<i>A utilização da franquia pela administração pública</i>	2001	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de	<i>Responsabilidade extracontratual das entidades prestadoras de serviços públicos</i>	2001	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
TANAKA, Sônia Yuriko	<i>Concepção dos contratos administrativos</i>	2001	Tese de doutorado	Odete Medauar
AMORIM, Anadil Abujabra	<i>Sanções administrativas ambientais</i>	2002	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
BASTOS, Aline Dias	<i>Conceitos jurídicos indeterminados: discricionariedade ou vinculação</i>	2002	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de	<i>Responsabilidade civil extracontratual</i>	2002	Dissertação de mestrado	Odete Medauar

	<i>por omissão do Estado</i>			
KIM, Richard Paulo Pae	<i>Responsabilidade do Estado nas ocupações ilícitas</i>	2002	Tese de doutorado	Odete Medauar
LOUREIRO FILHO, Lair da Silva	<i>Responsabilidade pública por atividade judiciária</i>	2002	Dissertação de mestrado	Odete Medauar
NOHARA, Irene Patrícia	<i>O motivo no ato administrativo</i>	2002	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
SANTOS, Fábio Ribeiro dos	<i>O exercício do poder de polícia no direito ambiental</i>	2002	Dissertação de mestrado	Odete Medauar
SANTOS NETO, João Antunes dos	<i>Da anulação 'ex officio' do ato administrativo</i>	2002	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
TEIXEIRA, Vinícius Ribeiro de Figueiredo	<i>As agências reguladoras no Brasil: nova forma de intervenção do Estado no domínio econômico</i>	2002	Dissertação de mestrado	Enrique Ricardo Lewandowski
VERÍSSIMO, Marcos Paulo	<i>Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil</i>	2002	Dissertação de mestrado	José Roberto dos Santos Bedaque
DI PIERRO JÚNIOR, Miguel Thomaz	<i>A desapropriação urbanística</i>	2003	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
LUNARDELLI, José Marcos	<i>Reestruturação dos serviços de telecomunicações</i>	2003	Dissertação de mestrado	Fábio Nusdeo
MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva	<i>O princípio da transparência administrativa</i>	2003	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
ORMANES, Carolina	<i>O regulamento autônomo na Constituição francesa</i>	2003	Dissertação de mestrado	Manoel Gonçalves Ferreira Filho
TOBA, Marcos Maurício	<i>Novos parâmetros de atuação da administração pública</i>	2003	Tese de doutorado	Odete Medauar

HORBACH, Carlos Bastide	<i>Teoria das nulidades do ato administrativo</i>	2004	Tese de doutorado	Odete Medauar
KATO, Evandro Takeshi	<i>A Lei n. 8.429/92 e a perda de mandato do chefe do executivo por decisão judicial em razão de ato de improbidade administrativa</i>	2004	Tese de doutorado	Anna Cândida da Cunha Ferraz
LACERDA, Paulo Francisco Bastos Von Bruck	<i>Fundamentos do processo administrativo disciplinar: justiça administrativa</i>	2004	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
PINTO, Luciana Ferreira Leite	<i>O 'contrato de gestão': instrumentos para a reforma da administração pública</i>	2004	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
QUEIROZ, Maria Regina Ferro	<i>Perfil processual da lei de improbidade administrativa</i>	2004	Dissertação de mestrado	Cândido Rangel Dinamarco
RACHED, Danielle Hanna	<i>O devido processo legal da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)</i>	2004	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
RAMOS, Dora Maria de Oliveira	<i>O poder sancionatório da administração pública</i>	2004	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
ARAGÃO, Alexandre Santos de	<i>A dimensão e o papel dos serviços públicos no Estado democrático</i>	2005	Tese de doutorado	Odete Medauar
CASAGRANDE FILHO, Ary	<i>Os julgamentos administrativos das agências reguladoras em face do art. 5º, XXXV, da Constituição da República</i>	2005	Dissertação de mestrado	Florian de Azevedo Marques Neto
MAGALHÃES JÚNIOR, Antônio Sílvio	<i>O controle externo da administração</i>	2005	Tese de doutorado	Edmir Netto de Araújo

	<i>pública pelo tribunal de contas</i>			
MARRARA, Thiago	<i>A teoria do domínio público urbano e as infra-estruturas de serviços públicos</i>	2005	Dissertação de mestrado	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino	<i>O contrato de gestão na administração pública brasileira</i>	2005	Tese de doutorado	Odete Medauar
PEREZ, Marcos Augusto	<i>O risco no contrato de concessão de serviços públicos</i>	2005	Tese de doutorado	Odete Medauar
PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas	<i>Acordos ambientais</i>	2005	Tese de doutorado	Odete Medauar
ROCHA, Regina Bernardes	<i>Dispensa e inexigibilidade: exceções legais à obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório nas contratações efetuadas pela administração pública</i>	2005	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
SHECAIRA, Cibele Cristina Baldassa Muniz	<i>Agências reguladoras: princípio da eficiência e controle judicial</i>	2005	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
TUCUNDUVA SOBRINHO, Ruy Cardozo de Mello	<i>Atos administrativos editados pelo poder judiciário</i>	2005	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
VIVAN, Alexei Marcorin	<i>Responsabilidade civil das agências reguladoras</i>	2005	Tese de doutorado	Fábio Maria de Mattia
ASSIS, Luiz Gustavo Bambini	<i>As reformas administrativas do Estado brasileiro na década de 1990 sob a ótica do serviço público</i>	2006	Dissertação de mestrado	Enrique Ricardo Lewandowski
BAPTISTA, Patrícia Ferreira	<i>Segurança jurídica e proteção da confiança</i>	2006	Tese de doutorado	Odete Medauar

	<i>legítima no direito brasileiro análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro</i>			
BARRETO, Dora Maria Vendramini	<i>A prova no processo administrativo disciplinar</i>	2006	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
CARVALHO, José Augusto Moreira de	<i>As parcerias público-privadas e a atividade financeira</i>	2006	Dissertação de mestrado	Régis Fernandes de Oliveira
FRANCO, Fernão Borba	<i>Aproximação entre processo judicial e administrativo</i>	2006	Tese de doutorado	Carlos Alberto Carmona
NOHARA, Irene Patrícia	<i>Limites à razoabilidade nos atos administrativos</i>	2006	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
NOIA, Fernanda da Cruz	<i>Efeitos do tombamento sobre a propriedade privada</i>	2006	Dissertação de mestrado	Fernando Dias Menezes de Almeida
OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de	<i>Regime próprio dos servidores públicos: princípios do equilíbrio financeiro e atuarial, da contribuição e da solidariedade</i>	2006	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
SALGADO FILHO, Nilo Spínola	<i>Contrato administrativo: efeitos da invalidação</i>	2006	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
SANTOS, Fábio Ribeiro dos	<i>O poder normativo do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama</i>	2006	Tese de doutorado	Odete Medauar
SANTOS NETO, João Antunes dos	<i>O impacto dos direitos humanos fundamentais no</i>	2006	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro

	<i>direito administrativo</i>			
SOUZA, Rodrigo Pagani de	<i>Convênio administrativo de delegação de serviço público de saneamento básico regime básico</i>	2006	Dissertação de mestrado	Sebastião Botto de Barros Tojal
MOTA, Carolina Theodoro da Silva	<i>Regulação estatal e participação da sociedade civil: a gestão compartilhada dos serviços de saneamento básico e dos recursos hídricos no Brasil</i>	2006	Dissertação de mestrado	Sebastião Botto de Barros Tojal
ADAMI, Mateus Piva	<i>A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência</i>	2007	Dissertação de mestrado	Floriano de Azevedo Marques Neto
CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden	<i>Regulação da universalização de serviços públicos concedidos: o caso brasileiro dos serviços de telecomunicações</i>	2007	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
CARVALHO, Vinícius Marques de	<i>Estado e setor privado na gestão dos serviços de saneamento básico no Brasil uma análise jurídica a partir do exemplo francês</i>	2007	Tese de doutorado	Calixto Salomão Filho
FALDINI, Cristiana Correa Conde	<i>Responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos</i>	2007	Dissertação de mestrado	Fernando Dias Menezes de Almeida
FRANCO, João Honório de Souza	<i>Responsabilidade extracontratual do Estado e improbidade administrativa</i>	2007	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo

GUIMARÃES, Bernardo Strobel	<i>Da regulação como função de direito administrativo</i>	2007	Dissertação de mestrado	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
MORAES, Leonardo de	<i>Responsabilidade por omissão do Estado</i>	2007	Dissertação de mestrado	Mônica Herman Salem Caggiano
MOTTA, Fabrício Macedo	<i>A função normativa da administração pública no Brasil</i>	2007	Tese de doutorado	Odete Medauar
SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro	<i>O Estado regulador</i>	2007	Dissertação de mestrado	Alexandre de Moraes
SCORSIM, Ericson Meister	<i>Estatuto dos serviços de televisão por radiodifusão</i>	2007	Tese de doutorado	Odete Medauar
SERRA, Sílvia Helena	<i>O tratamento constitucional das águas minerais</i>	2007	Tese de doutorado	Mônica Herman Salem Caggiano
VIDAL, Carísia Baldioti Salles	<i>Poder normativo das agências reguladoras</i>	2007	Tese de doutorado	Manoel Gonçalves Ferreira Filho
CUNHA, Cláudia Polto	<i>Contrato de gestão no contexto da evolução da administração pública</i>	2008	Dissertação de mestrado	Fernando Dias Menezes de Almeida
DEL PICCHIA, Lúcia Barbosa	<i>Léon Duguit e a noção de serviço público: elementos para o debate sobre o método no direito público</i>	2008	Dissertação de mestrado	Gilberto Bercovici
MARQUES NETO, Floriano de Azevedo	<i>O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos</i>	2008	Tese para concurso de livre- docência	(não se aplica)
MEDEIROS, Edmundo Emerson de	<i>Infraestrutura energética e desenvolvimento: Estado, planejamento e regulação do setor elétrico brasileiro</i>	2008	Dissertação de mestrado	Gilberto Bercovici

PACHECO, Clarissa Dertonio de Sousa	<i>O controle jurisdicional do silêncio administrativo</i>	2008	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
RIBEIRO, Luís Paulo Aliende	<i>A regulação da função pública notarial e de registro</i>	2008	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da	<i>Controle jurisdicional de políticas públicas</i>	2008	Dissertação de mestrado	Rodolfo de Camargo Mancuso
VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares	<i>A sanção no direito administrativo brasileiro</i>	2008	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
GOMES, Wilton Luís da Silva	<i>Inovações no regime jurídico das desapropriações</i>	2009	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo	<i>A responsabilidade civil do Estado- juiz</i>	2009	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
MÂNICA, Fernando Borges	<i>Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde</i>	2009	Tese de doutorado	Odete Medauar
MARQUES, Fábio Ferraz	<i>A prestação privada de serviços públicos no Brasil</i>	2009	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich	<i>As garantias dadas ao particular nas parcerias público- privadas</i>	2009	Dissertação de mestrado	Odete Medauar
MONTEIRO, Vera Cristina Caspari	<i>A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004</i>	2009	Tese de doutorado	Fernando Dias Menezes de Almeida
NEGRINI, Ricardo Augusto	<i>Os consórcios públicos no direito brasileiro</i>	2009	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
PINTO JÚNIOR, Mário Engler	<i>O Estado como acionista controlador</i>	2009	Tese de doutorado	Calixto Salomão Filho

RIZZO JÚNIOR, Ovídio	<i>Controle social efetivo de políticas públicas</i>	2009	Tese de doutorado	Régis Fernandes de Oliveira
SANTOS, Juliana Vieira dos	<i>A gestão dos resíduos sólidos urbanos: um desafio</i>	2009	Tese de doutorado	Eunice Aparecida de Jesus Prudente
SCHOENMAKER, Janaína	<i>Controle das parcerias entre o Estado e o terceiro setor pelos tribunais de contas</i>	2009	Dissertação de mestrado	Odete Medauar
SOUZA, Rodrigo Pagani de	<i>Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor</i>	2009	Tese de doutorado	Sebastião Botto de Barros Tojal
TUCUNDUVA SOBRINHO, Ruy Cardozo de Mello	<i>Prescrição no processo administrativo disciplinar</i>	2009	Tese de doutorado	Edmir Netto de Araújo
RESENDE, Fabrício Contato Lopes	<i>O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93</i>	2010	Dissertação de mestrado	Sebastião Botto de Barros Tojal
MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias	<i>Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro</i>	2010	Tese para concurso de livre-docência	(não se aplica)
BAGATIN, Andreia Cristina	<i>O problema da captura das agências reguladoras independentes</i>	2010	Dissertação de mestrado	Celso Fernandes Campilongo
BOCAFOLI, Amarilis Inocente	<i>Responsabilidade administrativa dos funcionários públicos por ineficiência</i>	2010	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
BURINI, Bruno Correa	<i>Processo Administrativo de apuração de</i>	2010	Tese de doutorado	Flávio Luiz Yarshell

	<i>conduta anticoncorrencial perspectiva instrumentalista</i>			
LIMA, Carolina Caiado	<i>O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público</i>	2010	Dissertação de mestrado	Odete Medauar
LINO, Fernanda Noia da Costa	<i>A preservação do patrimônio cultural urbano: fundamentos, agentes e práticas urbanísticas</i>	2010	Tese de doutorado	Fernando Dias Menezes de Almeida
LUVIZOTTO, Juliana Cristina	<i>Responsabilidade civil do Estado legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais</i>	2010	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
MIRAGAYA, Rodrigo Bracet	<i>A proteção da confiança legítima como princípio fundamental no direito administrativo atual</i>	2010	Dissertação de mestrado	Floriano de Azevedo Marques Neto
NOGUEIRA, Marcos da Fonseca	<i>O princípio da moralidade na administração tributária</i>	2010	Dissertação de mestrado	Gerd Willi Rothmann
OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de	<i>Concessão florestal: exploração sustentável de florestas públicas por particular</i>	2010	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
PALMA, Juliana Bonacorsi de	<i>Atuação administrativa consensual: estudos dos acordos</i>	2010	Dissertação de mestrado	Floriano de Azevedo Marques Neto

	<i>substitutivos no processo administrativo sancionador</i>			
SCHWIND, Rafael Walbach	<i>Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas</i>	2010	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
SOUZA, Leandro Marins de	<i>Parcerias entre a administração pública e o terceiro setor: sistematização e regulação</i>	2010	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
SOUZA, Rodrigo Pagani de	<i>Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor</i>	2010	Tese de doutorado	Sebastião Botto de Barros Tojal
CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden	<i>Contratos privados da administração pública: uma análise do regime jurídico aplicável</i>	2011	Tese de doutorado	Edmir Netto de Araújo
FÁVARO, Maria Carolina Pacheco	<i>A reestruturação e o fortalecimento do direito administrativo sancionador: a necessidade da terceira via para a efetividade da proteção dos direitos do consumidor</i>	2011	Dissertação de mestrado	Eduardo Reale Ferrari
FRANÇA, Maria Adelaide de Campos	<i>Parcerias público-privadas: repartição objetiva de riscos</i>	2011	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
GENOSO, Gianfrancesco	<i>Princípio da continuidade do serviço público</i>	2011	Dissertação de mestrado	Odete Medauar
GUIMARÃES, Bernardo Strobel	<i>O exercício da função administrativa e o direito privado</i>	2011	Tese de doutorado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
NOHARA, Irene Patrícia	<i>Reforma administrativa e</i>	2011	Tese para concurso de	(não se aplica)

	<i>burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro</i>		livre-docência	
OLBERTZ, Karlin	<i>Operação urbana consorciada</i>	2011	Dissertação de mestrado	Odete Medauar
RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves	<i>As funções extrajudiciais do ministério público: natureza jurídica, discricionariedade e limites</i>	2011	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
SANTANA, Izaías José de	<i>O poder judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde</i>	2011	Tese de doutorado	Sérgio Resende de Barros
SCHIRATO, Vitor Rhein	<i>A noção de serviço público em regime de competição</i>	2011	Tese de doutorado	Floriano de Azevedo Marques Neto
SILVA, Maurício Jayme e	<i>O regulamento autônomo de licitações e contratações das organizações sociais no âmbito da Lei federal n. 9.637/98</i>	2011	Dissertação de mestrado	Gustavo Henrique Justino de Oliveira
TEDESCHI, Patrícia Pereira	<i>Inovação tecnológica e direito administrativo</i>	2011	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
BREGA, José Fernando Ferreira	<i>Governo eletrônico e direito administrativo</i>	2012	Tese de doutorado	Odete Medauar
COSCIONE, Milene Louise Renée	<i>A discricionariedade no processo decisório da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel</i>	2012	Dissertação de mestrado	Floriano de Azevedo Marques Neto
CURY NETO, Michel	<i>A competência fiscalizatória prévia do tribunal</i>	2012	Dissertação de mestrado	Odete Medauar

	<i>de contas nas licitações públicas</i>			
FAGUNDES, Tatiana Penharrubia	<i>O controle das contas municipais</i>	2012	Tese de doutorado	Mônica Herman Salem Caggiano
FRANCO, Marcos Roberto	<i>O poder de polícia no contexto atual</i>	2012	Dissertação de mestrado	Edmir Netto de Araújo
IKENAGA, Ana Lúcia	<i>A atribuição de nome como modo de exploração de bens públicos</i>	2012	Dissertação de mestrado	Floriano de Azevedo Marques Neto
MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo	<i>O regime jurídico do setor postal desafios contemporâneos e perspectivas para o setor</i>	2012	Dissertação de mestrado	Floriano de Azevedo Marques Neto
OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de	<i>Direito de intervenção e direito administrativo sancionador o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro</i>	2012	Dissertação de mestrado	Pierpaolo Cruz Bottini
OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de	<i>A arbitragem nos contratos de parceria público-privada</i>	2012	Dissertação de mestrado	Gustavo Henrique Justino de Oliveira
TOGNETTI, Eduardo	<i>Os limites do poder discricionário da administração pública na imposição de sanções administrativas: análise das sanções aplicáveis pelo Banco Central do Brasil</i>	2012	Dissertação de mestrado	Maria Sylvia Zanella Di Pietro

O número maior de teses exige que, neste tópico, ainda mais do que se fez no tópico 30, opte-se por uma visão de conjunto, em vez de uma análise que aponte aspectos individualizados de uma ou algumas delas.

Assim, de plano, esclareça-se que os comentários a seguir não significam constatação de uniformidade entre as teses, mas sim de tendências de evolução.

Essas tendências, de início, naturalmente surgem minoritárias. Somente uma visão retrospectiva permite destacá-las como tendências que acabam por prevalecer.

Nesse sentido, podem-se apontar quatro principais linhas de mudanças em relação ao observado sobre o período anterior, considerando-se aspectos gerais do modo de ser da tese.

Em *primeiro lugar*: uma tendência de se enxergar, criticamente, o conjunto normativo formado pelo direito administrativo e o conjunto de ideias construído por seus teóricos, ao longo de sua evolução histórica.

Trata-se de um momento em que não está mais em questão o reconhecimento científico do direito administrativo: suas linhas gerais estão estabelecidas de modo suficientemente pacífico; seus principais institutos estão conceitualmente discutidos em razoável profundidade; sua aplicação pela administração e pelos órgãos de controle jurisdicional – em que pese sempre objeto de divergência em torno de ideias específicas – entra em uma rotina que não pressupõe o esforço de convencimento do aplicador do direito, em cada caso, quanto à existência e ao modo de ser dos principais instrumentos de operação do direito administrativo.

Há, portanto, maturidade suficiente para um olhar crítico em relação à história, recuperando-se a dimensão funcional do direito administrativo e de sua teoria.

A inaugurar e liderar essa tendência, está a tese de Odete MEDAUAR, *O direito administrativo em evolução*, de 1990. É obra que percorre, no plano nacional e estrangeiro, as raízes do direito administrativo, suas principais linhas de sistematização no plano do direito positivo e no plano científico, sua contextualização político institucional, as matrizes temáticas clássicas e suas linhas de transformação. E não perde o foco no sentido finalístico do direito administrativo como instrumento da limitação do poder e da efetivação de direitos (não apenas garantia de liberdade, mas também

realização de direitos sociais e econômicos), tendo em vista a realização da justiça e da pacificação social.

Essa visão *evolutiva* do direito administrativo, que acrescenta um elemento finalístico à visão *histórica*, passa a dar o tom das análises contidas em diversas outras teses, ainda que essas outras, naturalmente, não se proponham a repetir uma análise do direito administrativo como um todo, mas dediquem-se a institutos seus.

Confirmando essa tendência, é sintomático que duas das três teses de livre-docência apresentadas no período (as duas que foram produzidas por professores da Faculdade: Floriano de Azevedo MARQUES NETO e o autor da presente tese), adotem essa perspectiva de análise crítico evolutiva do direito ou da teoria do direito, no tocante a temas clássicos do direito administrativo (como bens públicos e contrato administrativo), buscando um reposicionamento teórico no contexto atual.

Em *segundo lugar*: uma tendência de fundamentar a explicação dos temas de direito administrativo a partir das bases postas pela nova Constituição para a administração pública.

A Constituição de 1988 não foi a primeira a disciplinar temas afetos à administração. Entretanto, de um lado, o nível de detalhamento a que desceu nessa matéria, e, de outro, o contexto de abertura democrática em que foi elaborada, com a decorrente percepção de legitimidade pelos indivíduos em geral, levam os pesquisadores do direito administrativo a essa postura.

Em *terceiro lugar* – e como um desdobramento que merece destaque específico a partir do que acaba de se dizer sobre os fundamentos constitucionais: a tendência de se dedicar atenção especial ao tema dos princípios constitucionais da administração e aos direitos fundamentais como vetores da ação administrativa.

Em um primeiro momento (ao longo dos anos 1990), verifica-se a análise dos princípios com ênfase na perspectiva de seu conteúdo específico interagindo com temas tradicionais do direito administrativo. São análises que atentam mais para o conteúdo substantivo do

elemento a que se refere cada princípio (como moralidade, impessoalidade e subsidiariedade).

Em um segundo momento (notadamente desde a primeira década do século XXI), agrega-se à análise do conteúdo substantivo de cada princípio uma atenção para o fato de serem *princípios*, segundo determinada visão teórica do que sejam princípios. Essa visão tem por autores emblemáticos, ainda que com perspectivas diversas⁹⁸, Ronald DWORKIN e Robert ALEXY.

Nesse quadro, especial destaque é dado aos direitos fundamentais, tanto pela compreensão de seu sentido finalístico, a balizar a ação da administração, como por sua aplicação como normas de caráter principiológico.

Em *quarto lugar*: a transversalidade temática que o direito administrativo passa a ter em relação a outros dos que se convencionam dizer “ramos do direito”, para efeito das atividades acadêmicas.

É o caso da interação entre direito administrativo e direito urbanístico, ou direito ambiental, ou direito econômico, ou direito processual.

Além dessas tendências de alteração no modo de ser das teses, pode-se identificar a ênfase dada a certos temas específicos, tendo por principal causa o novo tratamento que lhes foi dado pela Constituição de 1988.

Seis blocos de temas chamam a atenção:

a) a atuação processualizada da administração – decorrência, sobretudo, da previsão constitucional do devido processo legal aplicado ao processo administrativo (art. 5º, LIV e LV), em especial a partir do tratamento dado ao tema por Odete MEDAUAR⁹⁹, concebendo a processualidade ampla (comum aos poderes estatais) também em matéria

⁹⁸ Para uma sintética apresentação do tema, ver AFONSO DA SILVA, Virgílio, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, pp. 43-64.

⁹⁹ *A processualidade no direito administrativo*. Na tabela acima, aproximadamente mais dez teses trazem a noção de processo em seu título e diversas outras trabalham com a lógica processual em seu desenvolvimento.

da função administrativa, destacando a dimensão democrática do processo e expandindo a compreensão de seu regime principiológico constitucional;

b) os controles sobre a ação da administração e a responsabilidade civil extracontratual da administração ou do Estado em geral¹⁰⁰ – decorrência de novos parâmetros de controle postos pela Constituição e desdobrados na legislação, basicamente fundamentando-se nas noções de moralidade, de probidade e de eficiência, bem como na criação constitucional de instrumentos processuais de controle da implementação de direitos sociais e também decorrência da explicitação constitucional da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º), com ampliação de alcance em relação à previsão existente nas Constituições de 1946 e de 1967, acrescida de uma maior conscientização da população, encontrando respaldo nos órgãos de controle jurisdicional, quanto à efetivação dessa responsabilidade;

c) os serviços públicos em espécie e respectivas agências reguladoras – objeto de intensa atividade legislativa nos anos 1990 e 2000, no contexto da privatização de empresas estatais e da nova disciplina da prestação de serviços públicos pelo setor privado, alargando-se assim uma abordagem econômica do direito administrativo¹⁰¹;

d) a utilização, pela administração, de instrumentos contratuais para sua ação¹⁰² – tanto no sentido da busca de substituição de mecanismos de império por mecanismos de consenso, como no sentido de haver uma variada e intensa atividade legislativa de criação de novas figuras contratuais;

¹⁰⁰ Numa estatística rudimentar, é sintomático que a palavra “controle” apareça no título de uma tese no período de 11 anos desde 1989 até 1999; já no período de 8 anos, de 2000 a 2007, que apareça no de quatro teses; e no período de 5 anos, de 2008 a 2012, no de nove teses. E mesmo que a palavra “controle” não seja explicitada no título, o enfoque de outros temas (como mérito do ato administrativo, ou poder discricionário da administração) é essencialmente o do controle. Quanto à responsabilidade do Estado, há, na tabela acima, catorze teses, com diversas abordagens específicas.

¹⁰¹ Há dezenove teses que discutem centralmente aspectos do tema serviço público (em geral ou em espécie), muitos dos quais cruzando o tema com a noção de regulação, mais nove cuidando das agências reguladoras. Essa visão mais aberta ao que se pode dizer um direito administrativo econômico marca as linhas de pesquisa e orientação, na Faculdade de Direito da USP, implementadas por Floriano de Azevedo MARQUES NETO, aí incluída a tese de doutorado de Vitor Rhein SCHIRATO, recentemente integrado ao quadro docente da Faculdade.

¹⁰² Contam-se aproximadamente vinte teses chamando atenção, como objeto central de pesquisa, para contratos, acordos, ou para o fenômeno da contratação em geral.

e) as parcerias que a administração estabelece com o que se passa a chamar “terceiro setor”¹⁰³ – como fruto do mesmo contexto econômico e político de retirada do Estado da exploração direta de atividade econômica e da prestação direta de serviços públicos, o Estado busca desempenhar parte de suas funções mediante a cooperação privada em atividades que tangenciam o sentido de serviço público, porém, recebem o tratamento constitucional de liberdade de iniciativa privada, ou mediante o fomento a atividades que se afastem do sentido de serviço público, sendo tipicamente privadas, embora sem fins econômicos;

f) a introdução da noção de *políticas públicas* no campo de investigação jurídica, em especial no tocante à implementação de direitos sociais e do controle jurisdicional da administração no desempenho dessa função¹⁰⁴.

A identificação desses blocos temáticos como predominantes nas teses acadêmicas confirma que as fronteiras do conhecimento, em seu estágio atual, ainda situam o direito administrativo no contexto do Estado de direito, compreendido pelos macromodelos da legalidade e da justicialidade.

Aliás – lembrando que o *Estado* é uma “realidade contingente”, mutável historicamente, e que o *Estado de direito* é “patrimônio cultural” de alguns países –, Gaspar ARIÑO ORTIZ¹⁰⁵ frisa que as sociedades ocidentais “ainda necessitam”, no atual estágio de sua evolução, não de qualquer Estado, mas do Estado de direito, o qual em tempo presente conjuga a “solidariedade” com sua tradição de limitação dos poderes dos governantes e de garantia da liberdade.

Com efeito, as discussões em matéria de processo, de responsabilidade e de controle – controle em geral e especialmente quanto a políticas públicas e parcerias com o terceiro setor – remetem essencialmente à questão da justicialidade.

¹⁰³ É linha de pesquisa desenvolvida na Faculdade de Direito da USP por Gustavo Justino de OLIVEIRA, após sua tese de doutorado acima indicada. Vejam, por exemplo, seu *Direito administrativo democrático e seu Direito do terceiro setor*.

¹⁰⁴ Noção originária da ciência política e difundida nos trabalhos jurídicos particularmente após a obra de Maria Paula Dallari BUCCI, em que se propõe uma nova dimensão de atenção, em termos do controle da administração, para o momento prévio à ação administrativa, o momento de formação da decisão política administrativa-governamental (*Direito administrativo e políticas públicas*, pp. XLII e 241 e segs. – acima arrolado como tese e aqui citado em sua edição comercial).

¹⁰⁵ *Principios de derecho público económico*, p. XXXV.

E as discussões em matéria de regulação (e poderes de agências reguladoras) e de contratualização da ação administrativa, sempre sob o influxo da constitucionalização do direito, remetem fundamentalmente à questão da legalidade.

Enfim, confirmando as linhas mestras da análise feita no tópico 32 quanto às obras gerais, constata-se também nas teses acadêmicas produzidas na Faculdade de Direito da USP a convergência *funcional* no sentido finalístico-valorativo, envolvendo os desenvolvimentos *temáticos* que propiciam o cruzamento político das tendências liberal e estatizante com os valores dos direitos fundamentais e do interesse público.

A tomada de posição em defesa do valor “direitos fundamentais” ou do valor “interesse público”, ainda que de passagem no momento da fixação de pressupostos, está presente em grande parte das teses produzidas mais recentemente (no século XXI).

As teses também indicam a consolidação do fenômeno não apenas de formação de uma *continuidade* teórica – constatado desde meados do século XX – mas também de um *amadurecimento* da teoria, ao ponto de prescindir, no plano da pesquisa, da investigação conceitual de institutos que justifiquem sua inserção, em pé de igualdade, no panorama da teoria do direito administrativo do mundo ocidental.

A interlocução com a teoria produzida nos demais Estados de direito ocidentais aparece de modo natural; e a ela acrescentam-se, com consistência, peculiaridades do contexto jurídico (especialmente constitucional) brasileiro.

O *amadurecimento* de uma teoria *brasileira* do direito administrativo é, pois, a conclusão a que se chega após a análise até aqui desenvolvida. Esse o objeto da próxima (e última) Seção.