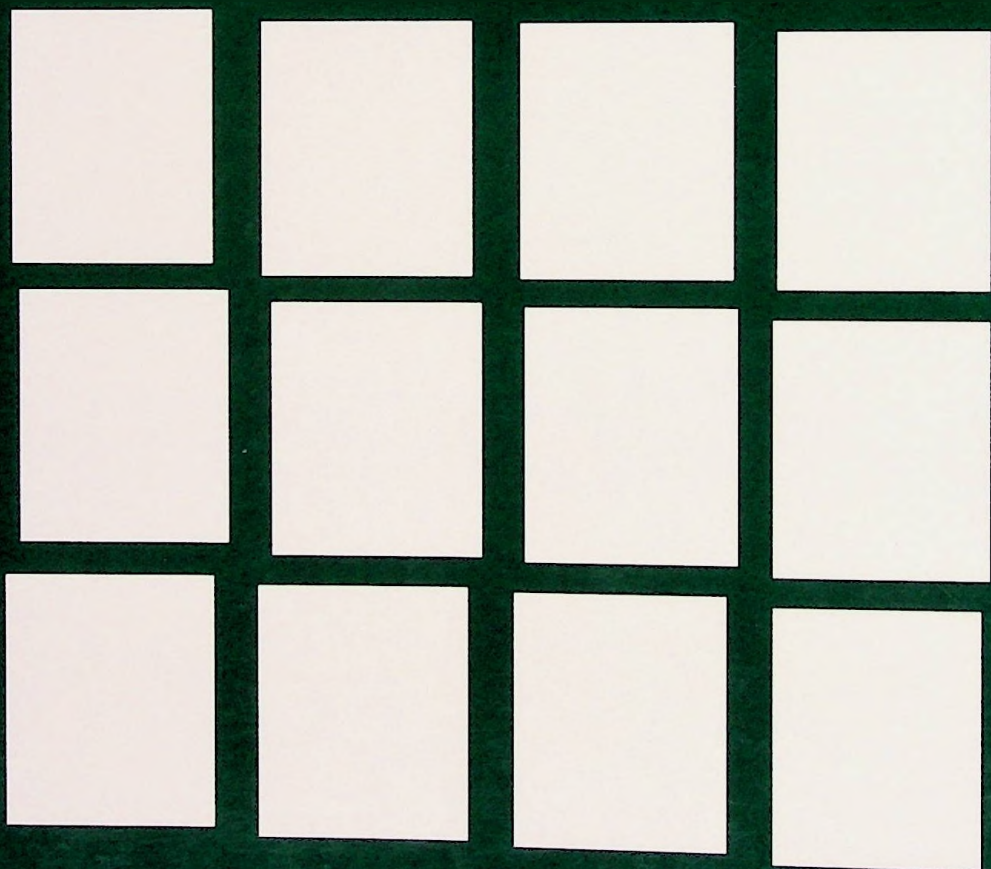


**CELSO ANTÔNIO  
BANDEIRA DE MELLO**

# **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**

**32ª EDIÇÃO,  
revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014**



vimento não passa, na História, de um simples “solução”, e já começa a se despedir.<sup>34</sup>

## *VII. O regime jurídico-administrativo*

24. Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito.

Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.

A farta e excelente bibliografia internacional de Direito Administrativo não tem, infelizmente, dedicado de modo explícito atenção maior ao regime administrativo, considerado em si mesmo, isto é, como ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo.

Quer-se com isto dizer que, embora seja questão assente entre todos os doutrinadores a existência de uma unidade sistemática de princípios e normas que formam em seu todo o Direito Administrativo, urge incrementar estudos tendentes a determinar, de modo orgânico, quais são abstratamente os princípios básicos que o conformam, como se relacionam entre si e quais os subprincípios que deles derivam.

hoje combatido e trôpego, apoiou de todos os modos aqueles políticos que representavam, 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.

34. Isto se deve, de um lado, às agudas manifestações censórias que passou a receber, ante o cortejo de misérias que vem semeando por todo o mundo, e, de outro lado, possivelmente, ao fato principal de que seus objetivos, a esta altura, se encontram quase inteiramente alcançados. Deveras, já está efetivada, em larga medida, a substituição interna do empresariado dos países emergentes pelos grandes grupos econômicos internacionais. Assim também, já ocorreu uma amplíssima captação dos mercados destes países e, inclusive, sua ampliação para tais fins, graças à inclusão neles dos serviços públicos, dantes cativos em mãos dos respectivos governos que daí foram expulsos, ficando, pois, liberados para serem apropriados pelos grupos econômicos internacionais.

Cumpramos, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo *princípio*, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciámos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. Eis porque: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.<sup>35</sup>

25. Assentados, pois, na firme convicção sobre a importância dos princípios, pretende-se que é instrumento útil para evolução metodológica do trato do Direito Administrativo considerar o regime administrativo enquanto categoria jurídica básica, isto é, tomado em si mesmo, ao invés de considerá-lo apenas implicitamente, como de hábito se faz, ao tratá-lo em suas expressões específicas consubstan-

35. “Criação de secretarias municipais”, *RDP* 15/284-286, 1971. Anote-se que, esta é uma das possíveis acepções da palavra *princípio*. É a mais tradicional delas, ou seja, aquela que vem sendo usada ao longo dos tempos pela doutrina. Sem embargo, como ninguém é dono das palavras, pode-se atribuir este mesmo rótulo a outros objetos mentáveis. O eminente Genaro Carrió, em seu *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Abeledo-Perrot, 1970, pp. 34 a 38, arrola onze significados para tal expressão. A partir da década de 70 começou a vulgarizar-se uma acepção de princípio baseada nas formulações de Alexy e Dworkin (que de resto não são idênticas, mas têm grandes pontos de similitude). Ocorre que estes eminentes juristas não expropriaram (até mesmo por impossível) o direito ao uso de tal expressão, de molde a tornar admissível apenas a acepção que lhe emprestam. Então, é possível que algo seja qualificado como princípio, de acordo com uma dada acepção de princípio, descoincidente com a que lhe irrogam estes mencionados autores. É óbvio, pois, que seria gravíssimo erro pretender *avaliar o objeto* dessarte identificado como princípio, para atribuir-lhe características distintas das que lhe foram irrogadas por quem dele se serviu, valendo-se de critério que estivesse assentado em *outra acepção de princípio*, qual a que lhe conferem Alexy e Dworkin. Isto implicaria falar de “A”, supondo-se referido a “B”. Quem cometer tal erro em obra teórica – e isto tem ocorrido ultimamente – sobre estar incurso em séria impropriedade, induzirá terceiros incautos a incidirem no mesmo deplorável equívoco.

ciadas e traduzidas nos diferentes institutos. Acredita-se que o progresso do Direito Administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem, em grande parte, da identificação das ideias centrais que o norteiam na atualidade, *assim como da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade.*

O que importa sobretudo é conhecer o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária.

É oportuno aqui recordar as palavras de Geraldo Ataliba:

“O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior.

“A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.”<sup>36</sup>

**26.** A este sistema, reportado ao direito administrativo, designamos regime jurídico-administrativo.

Feitas estas considerações preliminares, importa indicar quais são, em nosso entender, as “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo.

Partindo do universal para o particular, diríamos que o Direito Administrativo, entroncado que está no Direito Público, reproduz, no geral, as características do regime de Direito Público, acrescidas àquelas que o especificam dentro dele.

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:

36. Geraldo Ataliba, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1968, p. 4.

- a) *supremacia do interesse público sobre o privado;*
- b) *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.*

27. Interessam-nos, aqui, repita-se, estes aspectos, porque pertinentes ao regime público *especificamente* administrativo. Concerne à função estatal, exercitada tanto através do corpo de órgãos não personalizados que compõem a chamada Administração em sentido orgânico – coincidindo *grosso modo* com os órgãos do Poder Executivo – quanto através das pessoas públicas exclusivamente administrativas, designadas na técnica do Direito italiano e brasileiro como “autarquias”. Aliás, afetam também, embora às vezes apenas parcialmente, quaisquer entidades da Administração indireta, mesmo quando têm personalidade de Direito Privado.

28. Os dois princípios, referidos acima, são aqui realçados não em si mesmos, mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral. Assim, têm importância, sem dúvida, suas justificações teóricas, mas, para o jurista, o que interessa mais, como dado fundamental, é a tradução deles no sistema.

Com isto se esclarece inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto – à moda do que Duguit fazia com o serviço público, por exemplo.<sup>37</sup> Atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do

37. Para Duguit o valor da noção de serviço público não descansava na acolhida que lhe desse o sistema normativo, mas, pelo contrário, residia em si mesmo e bem por isso tinha que se impor aos legisladores que, “cedo ou tarde”, se veriam arrastados ou compelidos ao reconhecimento de que tais ou quais atividades são por si mesmas serviço público, enquanto outras, também por si mesmas, não o são (Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., 1923, t. II, pp. 54 e ss.). Note-se que conceito desta ordem é antes sociológico que jurídico e serve muito bem como fundamento político para o Direito Administrativo, mas não se lhe adapta como *critério*. É elucidativa sua disputa com Jèze a propósito da questão.

Enquanto Duguit pretendia reconhecer o serviço público na própria realidade social, Jèze pretendia localizá-lo na “intenção dos governantes”. Isto significa que este último buscava um critério jurídico, deduzível a partir do “regime” atribuído pela lei; é, aliás, o que faz questão de frisar (vide a propósito às pp. 67 e 68 do *Traité* de Duguit, vol. cit., e às pp. 18 e ss. e sobretudo nota de rodapé 35 dos *Principios Generales del Derecho Administrativo*, de Jèze, vol. III, trad. argentina da 3ª ed. francesa, 1949).

Infelizmente, aqui não nos podemos deter neste problema que, em nosso entender, envolve duas questões distintas, a saber: o problema do fundamento conveniente e adequado para o Direito Administrativo e o problema da própria realidade jurídica, serviço público, adotada como critério desta disciplina do Direito. Fica afirmado, entretanto, que preferimos a posição de Jèze.

Direito Administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema.

Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. Dá-se-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim os qualificou.

29. Vai-se, portanto, daqui por diante, procurar examinar, do modo mais sintético possível, em que consiste a tradução jurídica daqueles dois princípios mencionados.

*Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.*

Em verdade, como bem o disse Garrido Falla, o Direito Administrativo se erige sobre o binômio “prerrogativas da Administração – direitos dos administrados”.<sup>38</sup> É o entrosamento destes dois termos que lhe delinea a fisionomia. Sua compostura, pois, irá variar de um para outro sistema jurídico positivo, retratando uma feição mais autoritária ou, opostamente, um caráter mais obsequioso aos valores democráticos.<sup>39</sup>

São os elementos deste binômio que, ao nosso ver, se encontram expressados, respectivamente, no que denominamos “supremacia do interesse público” e “indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração”.

38. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, prólogo à 1ª ed., Madri, 1958.

39. No caso brasileiro, a prática administrativa e a própria interpretação doutrinária ou jurisprudencial refletem uma concepção ainda autoritária do Estado e do Direito Administrativo. Nisto contrastam, entretanto e vivamente, quer com a própria razão de ser do Direito Administrativo – que nasce com o Estado de Direito, postulando, pois, uma exegese mais afinada com valores democráticos –, quer com os textos constitucionais brasileiros. Sobretudo após a Lei Magna de 1988 não haverá como emprestar-se às nossas instituições o sentido despótico com que as sucessivas ditaduras (ostensivas ou disfarçadas) conspurcaram os documentos constitucionais, inclusive os forjados sob sua égide, como as Cartas de 1967 e 1969 (dita Emenda I à Constituição de 1967).

A ereção de ambos em pedras angulares do Direito Administrativo, parece-nos, desempenha funções explicadora e aglutinadora mais eficientes que as noções de serviço público, *puissance publique*, ou utilidade pública.<sup>40</sup>

40. Os doutrinadores franceses têm-se ocupado sempre em encontrar uma ideia-chave para o Direito Administrativo, isto é, uma noção-matriz, que organize e explique logicamente esta disciplina jurídica, funcionando como critério dela. Pretendem que, à falta de uma ideia capaz de impor um cunho sistemático ao conjunto de regras administrativas, ter-se-ia apenas um aglomerado inconsistente de normas e dificilmente se saberia quando aplicar as regras administrativas.

O primeiro critério adotado e que recebeu o impulso e apoio dos principais autores do século XIX, como Batbie, Aucoc, Ducroq, Laferrière, e mais tarde de Berthélemy, foi do “poder público” ou *puissance publique* e se estribava na distinção entre atos de império e atos de gestão. Entendia concernente ao Direito Administrativo a atividade que o Estado desenvolvia enquanto “poder de comando”, isto é, via de autoridade.

Posteriormente esta concepção foi substituída, na simpatia da maioria da doutrina, pela noção de serviço público, teorizada por Duguit e seus adeptos, sobretudo Bonnard, Jèze, Rolland e Laubadère. Em razão da chamada crise do serviço público produzida pela mudança das condições sociais, que acarretaram alterações no modo de proceder do Estado, com reflexos importantes na esfera jurídica, a noção foi-se desprestigiando e surgiram novas orientações.

Assim, Waline pretendeu substituí-la pela noção de utilidade pública e de interesse geral, abandonando, mais tarde, esta pretensão, uma vez que se tratava de critério excessivamente lato e, por conseguinte, de utilidade e aplicação pouco firmes.

Vedel propõe a conjugação da noção de Poder Executivo com *puissance publique* (esta expressão não tem em Português um correspondente exato que reflita com fidelidade o seu sentido; traduzida literalmente significaria Poder Público. Esta é a razão pela qual, já havendo explicado em que consiste, insistimos em usar o vocábulo francês) como notas típicas do regime administrativo. Assim se manifesta Vedel: “Por regime administrativo entendemos as regras essenciais que dominam a atividade administrativa, isto é, os princípios fundamentais do Direito Administrativo”. A seguir passa a relacioná-los. Seriam: a separação das autoridades administrativas e judiciárias, a prerrogativa de tomar decisões executórias, o princípio da legalidade e o da responsabilidade do Poder Público (Georges Vedel, *Droit Administratif*, 1958, t. I, pp. 33 e 34).

Ultimamente vem sendo renovado o critério da *puissance publique*, trazendo, agora, um conteúdo de certa forma modificado. Não se refere mais específica e exclusivamente a “atos de autoridade” e “poderes comandantes” como em seu sentido primitivo, mas indica a situação da atividade desempenhada em condições exorbitantes do Direito Privado, de acordo com prerrogativas e limitações inexistentes neste. Daí a introdução da expressão “gestão pública”, por alguns preferida. Rivero, discípulo de Berthélemy, propugna a conjugação das noções de *puissance publique*, em sua forma primitiva, e de restrições especiais em razão da legalidade e obrigatoriedade dos atos administrativos. Daí afirmar que “as regras de Direito Administrativo se caracterizam em relação às de Direito Comum seja pela circunstância de conferirem à Administração prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas que as que submetem os particulares em suas relações entre si” (Rivero, *Droit Administratif*, 2ª ed., Dalloz, p. 32).

30. Examinemos, pois, ambos os princípios e as expressões jurídicas peculiares que assumem, uma vez que tanto aqueles como estas, em suas traduções particularizadas, é que constituem a matéria-prima do jurista, a quem só interessam sistemas de normas e princípios encampados pela ordem jurídica, isto é, enquanto realidades desta província do conhecimento humano.

Isto é: vejamos discriminadamente qual o conteúdo do regime jurídico administrativo. Antes, porém, é necessário esclarecer o que deve ser entendido por interesse público.

### *VIII. O Direito Administrativo e o interesse público: conceito jurídico de interesse público – O que é direito público subjetivo*

31. É sabido e ressabido que o direito público em geral e que, pois, assim também o direito administrativo, se ocupa essencialmente da realização do interesse público. Cabe, portanto, esclarecer o que deve como tal ser entendido.

Ninguém duvida da importância da noção *jurídica* de interesse público. Se fosse necessário referir algo para encarecer-lhe o relevo, bastaria mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido. Sem embargo, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos. Convém, pois, expor aquilo que nos parece seja o interesse público propriamente dito.

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria *contraposta* à *de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

Sobre os vários critérios fundamentais no Direito Administrativo francês, vejam-se, entre outros: Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, LGDJ, 4ª ed., 1976, vol. I, pp. 37 a 51, ns. 45 a 63; Rivero, *Droit Administratif*, pp. 29 a 33, ns. 28 a 32; Buttgenbach, *Les Modes de Gestion des Services Publics en Belgique*, pp. 5 e ss.