

# DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS

2ª edição

carlos ari  
sundfeld



1034



**DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS**

© CARLOS ARI SUNDFELD

1ª edição: 03.2012

ISBN: 978-85-392-0241-6

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

*Composição*  
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

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

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil  
05.2014

Manesco - /  
TOMBO:.....  
CCDIR: .....3  
CUTTER: S...  
ANO: 2014 E  
EX: .....1 V

# **DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS**

**Carlos Ari Sundfeld**

Este livro usa uma linguagem original e surpreendente para traçar um panorama inovador do direito administrativo brasileiro. Nele estão os grandes temas, as leis, a história, as personagens, os conflitos e os problemas mais palpitantes dessa disciplina jurídica, tudo em uma forma que cativa e provoca o leitor.

A tese do autor é que o caráter plural do direito administrativo está sendo sabotado pelos vícios e pelos desvios ideológicos que contaminaram a doutrina e os aplicadores no Brasil. Para ele, é preciso adotar uma nova postura, comprometida com a realidade jurídica, e com ela repensar noções como legalidade administrativa, princípios, regime jurídico-administrativo, controle judicial, constitucionalização, processo administrativo, entre outros.

Nesta 2ª edição, o livro foi revisto e substancialmente ampliado, com a inclusão de vários novos capítulos.

**MALHEIR  
EDITOR**

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

## Capítulo 4

### **CRÍTICA À DOCTRINA ANTILIBERAL E ESTATISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO**

*1. Para quê serve um ramo do Direito para a Administração? 2. A visão do prático do direito administrativo. 3. A visão do pensador do direito administrativo. 4. Empirismo e racionalismo no direito administrativo. 5. Modelos ideais de direito para a Administração. 6. Pluralidade no direito positivo ou nas visões sobre direito administrativo? 7. Uma ciência universal do direito administrativo? 8. Um dogma e duas classificações por trás da afirmação do direito administrativo como ramo do Direito. 9. Colocando em dúvida o dogma e as classificações. 10. Insuficiências conceituais do direito administrativo da autoridade. 11. Função prescritiva dos conceitos e o direito administrativo da autoridade. 12. Um direito administrativo do interesse público oposto ao privado? 13. Possíveis utilidades da distinção entre direito administrativo e direito privado. 14. O conceito de direito administrativo no Brasil não precisa da dicotomia público e privado. 15. O direito administrativo como antítese do privado é concepção estatista e antiliberal. 16. Contra a contaminação ideológica do conceito de direito administrativo.*

#### ***1. Para quê serve um ramo do Direito para a Administração?***

Ramos do Direito são conjuntos de normas com alguma identidade comum. Só que não existe fórmula exata apontando o tipo e o grau de identidade indispensáveis para um punhado de normas ser considerado um ramo. Os ramos aparecem por razões diferentes, além de relativamente arbitrárias.

Boa parte deles veio das grandes leis, que, dando tratamento ordenado a um número de questões, chamaram a si mesmas de “códigos” (exemplos no campo privado são os Códigos Civil, Comercial e do Consumidor; no campo estatal, os Códigos Tributário e de Processo

Civil) ou, sem esse nome, tiveram a clara pretensão de fundar ou sistematizar uma área importante (casos recentes no campo estatal no Brasil são: o Estatuto da Cidade, a lei nacional que sistematizou o direito urbanístico; e a Lei de Responsabilidade Fiscal, dando nova sistematização ao direito financeiro).

Os ramos mais conhecidos não são fruto de uma classificação só, nem de um só critério; eles vêm mais do caos das necessidades práticas que de alguma ordem racional.

A classificação mais antiga e conhecida divide o Direito inteiro em público e privado, nos quais estariam os ramos menores. Mas o direito constitucional não cabe entre eles: seu surgimento está ligado a um grande código normativo (a Constituição), não à arrumação global do Direito em classes. Já, o direito econômico – como, de resto, ocorreu com o direito urbanístico, o direito ambiental, o direito do consumidor, entre outros – afirmou-se como ramo totalmente à margem da classificação público  $\times$  privado, justamente para tratar de questões e regulações jurídicas novas, surgidas sobretudo a partir dos anos 1930.

As dúvidas interessantes que as divisões do Direito nos propõem são as de saber se é útil ou não – e para quê – a identificação de um ramo jurídico. E mais: saber o que há por trás, quais os critérios usados na identificação – e que valores os inspiram.

Para quê serve afirmar que o direito administrativo é um ramo do Direito?

Feita essa pergunta, provavelmente a primeira resposta dos administrativistas viria em coro, ao menos no Brasil e nos Países em que ele se inspirou quanto a isso: a existência do direito administrativo como ramo jurídico é importante, se não indispensável, para assegurar a efetiva submissão da Administração Pública ao Direito.

Mas daí em diante provavelmente começariam as divergências.

Na visão mais velha o ordenamento jurídico estaria construído sobre a oposição radical entre o privado e o público, de modo que um valor fundamental da ideia de direito administrativo seria afirmar e defender essa oposição como base da vinculação geral do Estado ao Direito. O direito em princípio aplicável ao Estado (direito administrativo em sentido estrito) seria, então, um oposto do privado, o reverso deste. O grande projeto de vincular o Estado ao Direito seria totalmente dependente dessa oposição.

Mas essa visão, elaborada por juízes e intelectuais em certo contexto histórico (no século XIX, logo em seguida ao surgimento do Código Civil francês, que buscara sistematizar o direito privado), foi se tornando disfuncional na medida em que a legislação se desenvolvia e tomava outros caminhos. Hoje, o direito aplicável ao Estado certamente não é, em seu conjunto, o reverso do privado.

É verdade que *algumas* normas aplicáveis ao Estado podem de fato ser descritas como opostas a *algumas* normas da legislação privada; mas não é uma oposição geral, de *todas* as normas aplicáveis ao Estado com todas as normas da legislação privada. O direito do Estado não é um direito de oposição. A vinculação geral do Estado ao Direito não é dependente da oposição público  $\times$  privado.

Manter hoje o velho conceito de que o direito administrativo seria essencialmente o reverso do privado é cair em uma de duas possíveis distorções.

Uma é a crença de que as normas para o Estado teriam de ser algo que elas simplesmente não são; e aí a expressão “direito administrativo” terá deixado de referir um ramo do Direito propriamente dito, para nomear um ramo da ficção científica.

A outra distorção seria reservar a expressão “direito administrativo” apenas para a parte do direito do Estado que de fato se opõe frontalmente a algo da legislação privada; e aí, tendo se salvado aquela pureza conceitual do público contra o privado, quase desaparecerá a utilidade que havia justificado a invenção do direito administrativo como ideia jurídica (utilidade que era a de garantir a vinculação geral do Estado ao Direito).

Como atualizar a definição de direito administrativo, superando a oposição público e privado?

É importante, em primeiro lugar, manter fidelidade ao grande objetivo de fazer esse ramo servir à vinculação efetiva e global do Estado ao Direito. Em segundo lugar, é indispensável respeitar as opções do direito positivo, que vem submetendo o Estado a um direito plural.

## 2. A visão do prático do direito administrativo

Como o prático do direito administrativo, entrevistado por um amigo, explicaria sua área de atuação?

Ele diria que seu trabalho é lidar com o conjunto de normas que viabilizam, organizam e condicionam a ação da Administração Pública e tratam das competências, direitos e deveres vinculados a essa ação.

Para ele, estas são as ideias que representam mais diretamente sua área: as de norma jurídica e de ação da Administração. As normas são as ferramentas básicas, quase palpáveis, de seu trabalho; é natural tomá-las como centro de tudo. Daí o direito administrativo ser definido singelamente como "conjunto de normas".

Natural também seu critério de delimitação ser o visível e evidente: a Administração, o sujeito cujas ações são objeto das normas. E o que é a Administração Pública para ele? O conjunto de órgãos e entidades que, no dia a dia, ele conhece e reconhece como tais.

O prático aprendeu nas normas que autorizações normativas são sempre necessárias à ação administrativa; a qual, assim, é viabilizada por elas. Sabe também que a ação administrativa é a ação de certos sujeitos, órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, cuja organização é definida por normas, pois são criações delas. Sabe, ainda, que as normas fazem mais do que autorizar e organizar: elas condicionam de muitos modos a ação administrativa, exigindo-a, limitando-a, onerando-a. As normas definem competências dos agentes administrativos e também atribuem direitos e deveres.

Tendo surgido timidamente, as normas sobre ação administrativa foram aumentando de volume no decorrer do século XX, na medida em que as leis criavam novas entidades estatais ou paraestatais, em que as ações administrativas cresciam, e iam sendo pouco a pouco instituídos para elas mais e mais regimes jurídicos próprios. O intervencionismo estatal foi se tornando um fato, mesmo em Países mais liberais, e trouxe com ele a inflação de normas sobre a ação administrativa.

O direito administrativo em sentido mais estrito, como sinônimo de legislação administrativa, acabou se impondo, até nos Países que demoravam a reconhecê-lo como área específica. E isso como vitória inclusive da quantidade: se muitas normas vão sendo editadas sobre um assunto qualquer, inevitável os profissionais se especializarem nelas; a quantidade gera o especialista; e o especialista, a especialidade.

Hoje, a maioria dos Países mais ou menos desenvolvidos afirma ter direito administrativo como um conjunto vasto e especial de normas jurídicas sobre Administração Pública.

O prático é sempre atento ao modo como funcionam as coisas, à parte técnica, ao dia a dia da operação. Ele conhece bem as leis, as práticas jurídicas, as orientações dos tribunais, os fatos. O seu é um direito administrativo de minúcias, circunstâncias e detalhes. Falta-lhe paciência para abstração em excesso, para procurar causa última nas coisas, para debates muito conceituais.

Em função disso tudo, o prático, com sua experiência, considera artificial a tentativa de encaixar as normas todas de direito administrativo em modelos ideais, em sistemas conceituais fechados, construídos a partir de ideias gerais. O prático, que conhece as normas e não se constrange por conceitos, vê que elas são produzidas de modo incremental, ao longo do tempo, sem um plano muito coerente. Vê também como elas vão sendo amoldadas pelas práticas jurídicas. Entende perfeitamente que, em todo esse processo de produção jurídica, os problemas reais e os interesses em disputa têm peso decisivo e acabam gerando soluções heterodoxas.

### 3. A visão do pensador do direito administrativo

Mas, ante aquela pergunta sobre direito administrativo, o que responderia um pensador das instituições estatais clássicas, que se ocupasse em imaginar o funcionamento geral das engrenagens do Direito a partir das referências teóricas fundamentais?<sup>1</sup>

Se fosse brasileiro, por exemplo, o pensador certamente lembraria que a autonomia da Administração, por um lado, e a legalidade e o controle judicial, por outro, foram determinantes para o direito administrativo existir como conjunto de normas jurídicas vinculantes para a Administração. Para explicar o direito administrativo ele realçaria a submissão ao Direito, a ligação da Administração com o legislador e o juiz independente, mas também não deixaria de afirmar a autonomia da Administração como organização.

1. Essa foi a perspectiva, por exemplo, do clássico administrativista francês Henri Berthélemy. Já no "Prefácio" a seu famoso *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, escrito em 1900, ele esclarecia que, em seu esforço de sistematização, buscara mais a explicação do que a descrição do direito administrativo, e que essa explicação estava nas "verdades de que os filósofos do século XVIII proclamaram o alto significado social: o princípio da separação dos Poderes Legislativo e Executivo, o princípio da independência recíproca dos administradores e juizes" (11ª ed., Paris, Rousseau & Cie., 1926).

Grande parte dos Países relativamente desenvolvidos adotou a separação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e garantiu direitos frente ao Estado: a liberdade pessoal, a liberdade de iniciativa econômica, a propriedade etc.

Brotou dessa raiz a legalidade, a dependência de lei: a exigência de ser feita por lei a outorga inicial de competências para a ação administrativa, podendo o legislador condicioná-la mais e mais, segundo seus critérios políticos. Daí veio também o controle jurisdicional de validade dos atos, contratos, processos e normas produzidos pela Administração. Daí se extraiu, ainda, a ideia de autonomia da Administração frente às outras unidades do Estado.

Assim, nosso pensador das instituições clássicas deixaria claro que foi justamente essa combinação da autonomia da Administração com a amarração externa ao legislador e ao juiz independente (uma amarração jurídico-institucional, baseada em normas e em órgãos produtores e aplicadores de normas) a base histórica inicial da submissão à ordem jurídica e do movimento que gerou o direito administrativo.

Para definir direito administrativo, nosso pensador, usando a mesma língua do prático, falaria em direito da Administração Pública. Mas ele descreveria a Administração de outro jeito, mais abstrato: como organização estatal autônoma que, em seu contexto institucional, tem de se equilibrar em meio a sofisticadas relações de troca e vigilância com as outras grandes organizações estatais, que legislam, julgam, controlam.

#### **4. Empirismo e racionalismo no direito administrativo**

Portanto, as Administrações Públicas que estão nas cabeças do prático e do pensador clássico podem não ser exatamente as mesmas. Não tanto por serem coisas opostas; o foco delas é que é distinto.

O primeiro pensa em uma organização concreta, que conhece a partir das normas e da realidade; o segundo, em um modelo institucional abstrato, que procura elaborar e valorizar. Para o prático a experiência é muito; para o pensador o modelo é tudo. O prático foca nos textos normativos, opções pragmáticas; o pensador, em ideias, construções em tese.

O pensador, homem antes de ideias que de observação, tem mais gosto por abstração e por sistemas conceituais que por atentar para a sucessão incremental das leis no tempo, os detalhes dos textos, para a variação das práticas jurídicas, o dia a dia, as minúcias e circunstâncias. Ele pode se aborrecer com as normas que teimem em fugir dos modelos, e aí reagirá a elas, minimizando, desprezando; ele militará pelo modelo.

Só que nenhum administrativista se encaixa perfeitamente no prático ou no pensador. Cada um de nós é uma bela mistura, em doses desiguais, das duas figuras.

De modo que, ao invés de separar radicalmente um do outro, o melhor talvez seja falar de ênfases: certos administrativistas tendem a olhar o Direito mais pelos modelos, a encaixar as normas nas ideias, a priorizar a razão sobre a experiência; outros são empiristas, menos racionalistas, tendem a ver as ideias pelo filtro da prática e do direito legislado.

Diferenças importantes de visão quanto ao direito da Administração Pública têm a ver com as tendências mais empiristas ou mais racionalistas presentes em cada ambiente jurídico. Os norte-americanos são empiristas e indutivos: formam suas opiniões antes pelas características dos fatos que por influência de teorias abstratas. Os continentais europeus e os brasileiros, ao contrário, tendem ao racionalismo, à dedução e ao pensamento sistematizador.

Essas diferenças aparecem com nitidez no modo como o direito administrativo é explicado e compreendido nesses Países.<sup>2</sup>

#### **5. Modelos ideais de direito para a Administração**

Em qualquer lugar – e na cabeça de qualquer intelectual ou prático – a expressão “direito administrativo” refere estas coisas misturadas: a ideia de submissão da Administração ao Direito e a prática profissional com o conjunto das normas administrativas. Mas, para além dessas identidades, podem ser bem variados os direitos adminis-

2. José Guilherme Giacomuzzi, *Estado e Contrato – Supremacia do Interesse Público sobre o Privado x Igualdade – Um Estudo Comparado sobre a Exorbitância no Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 95 e ss.

trativos das normas de cada País e das cabeças de quem com eles lida. Não só porque os direitos positivos diferem; também porque os pensadores variam.

São muitos os possíveis modelos ideais do direito da Administração.

No Reino Unido do final do século XIX já havia Administração Pública, e com certeza ela estava submetida ao legislador e a juízes independentes. O que, então, certos juristas ingleses estavam querendo dizer quando, estranhando o entusiasmo de seus vizinhos para com o jovem direito administrativo francês, insistiam na tese de que no Reino Unido não havia, nem deveria haver, algo parecido?

O que os ingleses rejeitavam na noção de direito administrativo, se estavam perfeitamente felizes com a submissão da Administração ao Direito – portanto, com o direito para a Administração?<sup>3</sup>

Em primeiro lugar, havia entre eles certa desconfiança quanto ao grande Estado que os livros franceses vinham descrevendo; suas extensas competências, suas interferências na vida privada. Esses ingleses eram menos estatistas e levavam mais longe a ideia de liberdade individual; recebiam um direito extenso, não queriam um Estado administrativo. Estranhavam a visão, que na França tomava corpo, quanto a ser melhor o Estado sujeitar-se a diretrizes ou normas especiais em matérias como contratos e processo contencioso.

Por que deixar o Estado fora das normas comuns? Por que os privilégios? Enquanto franceses começavam a achá-los justificáveis, e necessários para construir o Estado administrativo, juristas ingleses resistiam, sem muito entusiasmo por um Estado assim.

Seriam ficção os relatos que, naqueles primórdios, juristas franceses e ingleses faziam das respectivas ordens jurídicas nacionais?

É possível.

Franceses influentes talvez tenham induzido os pares a aceitar, para questões administrativas, soluções sem tanta base normativa, tiradas de um sistema de ideias (deste modelo ideal: “é preciso um direito especial para a Administração, mais forte e diferente do comum,

3. Para a análise das razões e confusões da influente opinião do inglês Dicey a respeito dos Direitos Francês e Inglês do final do século XIX, v. Sabino Cassese, *La Construction du Droit Administratif – France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 52 e ss.

um direito administrativo”). Possível também que juristas ingleses, com outro modelo na cabeça (“o direito comum deve ser para todos”), minimizassem soluções sobre Administração Pública que já estavam no direito positivo inglês, e não lhes agradavam.

O debate sobre se existia, ou não, direito administrativo talvez tenha sido em seu tempo um confronto mais de pensamentos que de direitos positivos. Em qualquer época o mesmo se repete com os relatos dos diferentes juristas sobre o direito administrativo de seus Países.

Dois juristas, olhando para normas e problemas pelos óculos de modelos diferentes, dificilmente verão as mesmas soluções. Administrativistas com modelos distintos nos olhos descreverão direitos diversos, apesar de olharem as mesmas normas.

#### **6. Pluralidade no direito positivo ou nas visões sobre direito administrativo?**

Para certos intelectuais brasileiros mais antigos o direito administrativo tinha é que assegurar *poderes ao Estado*.<sup>4</sup> Para outros, que vieram depois, o que o direito administrativo devia era *garantir supremacia ao interesse público, mas sem violar direitos dos administrados*.<sup>5</sup> Para outros mais recentes, o importante é o direito administrativo *servir aos direitos fundamentais*.<sup>6</sup>

4. Hely Lopes Meirelles, o mais lido dos administrativistas brasileiros a partir de 1960, afirmava com ênfase que “na interpretação do direito administrativo, também devemos considerar, necessariamente, três pressupostos: (1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; (2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; (3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 40ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 50).

5. Em seu curso, surgido em 1990 e hoje provavelmente o mais adotado no Brasil, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “as normas de direito público, embora protejam reflexamente o direito individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo”, donde o “princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os *interesses públicos têm supremacia sobre os individuais*” (*Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 66).

6. Em manual lançado em 2005 e que vem alcançando boa aceitação, Marçal Justen Filho diz: “A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subor-



O desacordo não é exatamente sobre as peças: todos concordam que o Estado deve ter poderes, que interesses públicos devem ser cuidados, que direitos devem ser respeitados e concretizados.

O desacordo é quanto ao arranjo das peças. É isso que levou à variação de discursos sobre o direito administrativo brasileiro: o primeiro valorizou o poder e a autoridade, o segundo priorizou o interesse público, o terceiro milita pelos direitos fundamentais; são modelos em alguma medida diferentes de direito administrativo.

Quando defendem ideias assim alternativas, os juristas afirmam apenas descrever o que veem no próprio direito positivo. Pode parecer estranho, mas eles são sinceros, a seu jeito (embora outros possam ter visão diversa). Mesmo quando ignora ou inventa certas normas, o homem do Direito não se sente um traidor, mas tradutor de algo que crê superiormente exigido pelo ordenamento – ou pela idealização que fez dele.

De modo que haverá tantos “direitos administrativos” quantas forem as visões sobre o conjunto das normas aplicáveis à Administração.

É natural que, a despeito das normas, os intelectuais e os práticos do direito administrativo tenham suas convicções sobre como o Estado deve funcionar, as autoridades agir, os particulares se comportar etc. Essas convicções influem na leitura, descrição e aplicação das normas e produzem variantes do direito administrativo, transmitidas nos livros e documentos profissionais.

No extremo, o Direito que se impõe pelas mãos do especialista pode vir menos de normas positivas que dos modelos ideais usados para lê-las. Nesse sentido, o direito administrativo é a ideia que se faz dele.

Naquela época em que juristas ingleses andaram desdenhando do direito administrativo, o que estavam querendo dizer era, ao menos em parte, que não haviam gostado da ideia de direito administrativo que estava nas cabeças francesas. A outra parte é que eles também não gostavam das normas francesas e não as queriam para si (como a que criara a Justiça Administrativa, separada do Judiciário, e dera gás à ideia de direito administrativo), e sequer gostavam de todas as normas

dina-se, então, a um critério fundamental, que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da *supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais*” (*Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Ed. RT/Thomson Reuters, 2013, p. 158).

inglesas (algumas já vinham criando regimes especiais para a Administração). Todos esses desgostos entraram na visão com que eles tentaram caracterizar o direito positivo de seu País.

Gostos e tendências também contaram para juristas brasileiros diversos, em suas descrições do direito administrativo, ora priorizam os poderes da Administração, ora os interesses públicos, ora os direitos fundamentais.

Variações assim são inevitáveis: nem todo mundo atua igual, nem todo mundo pensa igual.

Uma descrição honesta do estágio atual do direito administrativo brasileiro tem de reconhecer que nenhum dos três discursos – o dos poderes da Administração, o dos interesses públicos e o dos direitos fundamentais – pode ser considerado vencedor.

Primeiro porque juristas com essas distintas orientações têm leitores e adeptos bem posicionados, que comungam de suas convicções para a globalidade do direito administrativo.

Mas sobretudo porque, na vida real, o mesmo órgão jurídico – um juiz, por exemplo – usará qualquer dos discursos dependendo do tema, sem nenhum constrangimento. Se o caso for de sanção militar, o juiz valorizará os poderes do administrador. Se o debate for de licenciamento ambiental, invocará a supremacia do interesse público sobre o privado. Se alguém buscar medicamentos caros, o juiz, agora administrativista dos direitos fundamentais, condenará o Estado.

Essa flutuação talvez mostre não a falta de personalidade do prático do direito administrativo – que inclusive flutua sob o estímulo do próprio direito positivo –, mas o artificialismo das teorias e princípios muito gerais e de suas pretensões de unificação do direito administrativo.

### 7. Uma ciência universal do direito administrativo?

O repertório de direitos administrativos não é infinito. Com o tempo e as modas, ideias e soluções normativas se consolidam e viajam de País a País (sobretudo dos centrais para os periféricos).

É conhecida, por exemplo, a influência intelectual dos administrativistas franceses clássicos (do final do século XIX e primeiras décadas do século XX) sobre seus colegas de tantos lugares, e tam-

bém do Brasil. Mais recentemente, impressiona como os espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (cujo famoso *Curso* foi lançado em 1974)<sup>7</sup> vieram dando o tom do direito administrativo em toda a América Latina, inclusive no Brasil.

Assim, não é totalmente sem razão que, ao menos para justificar a importação de doutrina estrangeira, o direito administrativo nacional seja às vezes visto como um simples lote do grande latifúndio jurídico universal.

Há mesmo um razoável diálogo entre as várias línguas jurídicas, que de resto não é só diálogo internacional, mas também intergeracional: juristas estrangeiros antigos, mesmo mortos e esquecidos em suas pátrias, podem seguir conservados em outras terras, vagando pelas escolas de Direito e pelas Câmaras dos tribunais, participando dos debates como se falassem do lugar e do presente.

Mas seria tolice extrair daí a crença em uma ciência universal do direito administrativo e sair buscando alguma explicação definitiva a seu respeito.

É certo: manuais, cursos e tratados podem ser bem repetitivos (por vezes, meio insonos). Mas, para além do superficial, das aparências, das citações repetidas de juristas vivos e mortos, pulsam divergências profundas e ricas sobre o direito administrativo: não só por as leis mudarem tanto, e não só por alguns juristas serem mais racionalistas e outros mais empiristas; também por ninguém ter a chave do modelo ideal definitivo, pois o direito administrativo é coisa de gente, não de deuses.

### 8. Um dogma e duas classificações por trás da afirmação do direito administrativo como ramo do Direito

Uma ideia abstrata de direito administrativo cujo peso ainda é enorme no Brasil surgiu como produto de um dogma e de duas classificações.

O dogma é o da unidade e coerência interna do direito administrativo.

7. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª ed., 2 vols., Navarra, Aranzadi/Thomson Reuters, 2013.

Para influentes administrativistas brasileiros o direito administrativo não seria simples conjunto de normas agrupado a partir de algum critério pertinente. Ele seria bem mais: um “conjunto sistematizado de princípios e regras”, dotados de “relação lógica de coerência e unidade”, de “unidade sistemática”, formando, assim, o “regime jurídico-administrativo”.<sup>8</sup>

Para esses administrativistas trata-se de um dogma, que não é questionado nem testado, apenas demonstrado pela enunciação de características e princípios supostamente capazes de confirmá-lo.<sup>9</sup>

Praticamente todos os livros didáticos brasileiros atuais aceitam sem hesitação a tese de que o direito administrativo é um *ramo do Direito com unidade interna muito forte*, instituidor de um “regime jurídico-administrativo” sistemático para o Estado, e que essa unidade vem justamente da *existência dos princípios gerais do direito administrativo*.<sup>10-11</sup>

8. As expressões são de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, pela influência de seu texto entre os administrativistas a partir da década de 1980, será citado diversas vezes a seguir (*Curso de Direito Administrativo*, 31ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 53).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em seu estilo mais contido, não chega a defender de modo expresso o caráter sistemático, mas aceita a noção de “regime jurídico-administrativo”, em que ele está implícito (*Direito Administrativo*, cit., 25ª ed., pp. 61 e ss.).

Esse caráter é também pressuposto por autores mais recentes, mesmo seguindo referências outras para indicar o “critério fundamental” do sistema; no caso de Marçal Justen Filho, por exemplo, o critério seria a “supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 9ª ed., p. 158).

9. Bandeira de Mello limita-se a lembrar que é “questão assente entre todos os doutrinadores a existência de uma unidade sistemática de princípios e normas que formam em seu todo o direito administrativo” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., p. 53). Daí o autor já vai direto para a discussão sobre quais seriam os critérios por trás dessa unidade. A conclusão é que ela viria dos “princípios do direito administrativo” (princípios cujo sentido e fundamento o autor procura, então, expor em seus detalhes).

A construção do autor em nenhum momento envolve o questionamento propriamente dito dessa “unidade sistemática”, a qual permanece pressuposta na constatação de que o direito administrativo é um ramo do Direito.

10. Embora nos últimos anos se venha discutindo bastante no Brasil quais seriam os “verdadeiros” princípios do direito administrativo (por exemplo: se os da “supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado”, como disse Bandeira de Mello, ou da “supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais”, como preferiu Justen Filho), nem por isso os autores deixaram de vincular o conceito e a unidade do direito administrativo à existência de princípios gerais.

Quanto às classificações que estão na base da ideia de direito administrativo, a primeira dividiu a totalidade do ordenamento jurídico em duas metades opostas: o direito privado, que disciplina relações igualitárias entre sujeitos livres, os particulares; e o direito público, para a organização interna do Estado e a disciplina de suas relações com os particulares, baseadas na supremacia e na autoridade.

O direito administrativo seria, então, um dos ramos deduzidos da classificação subsequente, que fatiou esse direito público da supremacia usando o facção da separação de Poderes. Cada Poder teria sua função típica – legislativa, jurisdicional e administrativa –, produzindo seu tipo próprio de ato: lei, sentença e ato administrativo (em sentido amplo).

Segundo essa visão, o direito administrativo formaria um sistema unitário, articulado e coerente de princípios e regras, constituindo o ramo do direito público específico da função administrativa, isto é, da produção de regulamentos, contratos e atos administrativos, todos dotados de prerrogativas públicas.<sup>12</sup>

É significativo, a propósito, que uma relevante coletânea, conquanto abrisse espaço para as divergências de visão sobre o conteúdo dos vários princípios, não contenha qualquer estudo crítico à postura “principiológica” em si – a qual, como bem destacou o organizador na “Introdução” da obra, é uma originalidade dos administrativistas brasileiros (Thiago Marrara (org.), *Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2012, p. XV).

E a doutrina do “neoconstitucionalismo” só fez reforçar a “onda principiológica”.

Em um manual bem recente, surgido em 2013, as primeiras frases do capítulo dos “Princípios do Direito Administrativo” dizem justamente que “o neoconstitucionalismo, ao aproximar o Direito e a Moral, abre caminho para superação da visão positivista e legalista do Direito”, e “cede espaço a um novo paradigma jusfilosófico; o ‘pós-positivismo’”, cujo “traço característico” seria a “normatividade primária dos princípios constitucionais”. A seguir, o livro, sem muita novidade, indica “os principais princípios do direito administrativo: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade pública (supremacia do interesse público sobre o interesse privado), continuidade, autotutela, consensualidade/participação, segurança jurídica, confiança legítima e boa-fé” (Rafael Carvalho Rezende Oliveira, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 23 e 25).

11. Para a descrição e crítica contundente dessa construção doutrinária no Brasil, v. o Capítulo 7, “Crítica à Doutrina dos Princípios do Direito Administrativo”, neste livro.

12. Bandeira de Mello definiu o direito administrativo como “o ramo do direito público que disciplina o exercício da *função administrativa*, bem como *peças e órgãos que a desempenham*”; afirmando que a função administrativa “no sistema

### 9. Colocando em dúvida o dogma e as classificações

Essas classificações são conhecidas. Mas será que se justifica mesmo, ainda hoje, basear nelas um ramo específico (o direito administrativo), e ainda considerá-lo como dotado de coerência e unidade interna?

Desde a metade do século XIX a ideia de direito administrativo foi recebida como natural no mundo jurídico brasileiro, de onde nunca mais saiu. No curso deste século e meio não se tem duvidado de sua pertinência ou de seu valor para nosso desenvolvimento institucional.

Só que a ideia original – que tanto nos ajudou na passagem para a Modernidade e no aprendizado da submissão estatal ao Direito – está cada vez mais desajustada do direito positivo brasileiro, além de contaminada por uma ideologia antiliberal e estatista, quando não autoritária.

O presente ensaio critica os conceitos de direito administrativo predominantes no Brasil, construídos sobre o dogma da harmonia e unicidade.

A tese aqui defendida é que, hoje, o direito administrativo tem de ser visto em sentido amplo, como a área do conhecimento que estuda as normas jurídicas que se aplicam à Administração, independente-

constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infraleais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., pp. 29 e 36). Essa formulação faz o conceito de direito administrativo depender totalmente da separação de Poderes, pois é dela que vem a ideia de “função administrativa”.

A seguir, o autor aludiu ao “regime jurídico-administrativo” (p. 53), que estaria assentado sobre os “*princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração*” (p. 57). Em coerência, ao tratar das *vias técnico-jurídicas da ação administrativa*, explicou o ato administrativo como produzido “*no exercício de prerrogativas públicas*” (p. 389) e o contrato administrativo como sujeito às “*cambiáveis imposições de interesse público*” (p. 634).

Portanto, o autor vincula com toda clareza a noção essencial de “regime jurídico-administrativo” à de “*prerrogativas públicas*”, que estariam presentes nos regulamentos, nos atos e nos contratos – enfim, em todas as *vias técnico-jurídicas da ação administrativa*. O fato de esse autor, seguindo inclusive a tendência da época em que escreveu, haver aderido ao discurso de defesa dos administrados contra os abusos da Administração de modo algum significou rompimento com a concepção segundo a qual o direito administrativo é o direito das prerrogativas públicas e da autoridade.

mente do ramo a que se ligam. Reduzir o direito administrativo ao sentido mais restrito – isto é, ao conjunto da legislação exclusivamente administrativa – é deixar de lado e minimizar grande parte das normas que se aplicam à Administração e que são fundamentais para a vinculação dela ao Direito.

Mas, tanto se for tomado em seu sentido amplo como em sentido mais estrito, o direito administrativo não pode, salvo um grande artificialismo, ser visto como um sistema. A ideia de direito administrativo só terá verdadeira utilidade, além de correspondência com o direito positivo, se reconhecermos sua pluralidade, se aceitarmos que ele designa a confederação assimétrica de regimes jurídicos singulares e heterogêneos que, como direito comum das entidades, órgãos e Poderes estatais, efetiva a vinculação geral do Estado ao Direito.

De qualquer modo, mesmo em seu sentido estrito, como sinônimo apenas de legislação administrativa, direito administrativo não é sempre direito da autoridade e das prerrogativas estatais. Essas prerrogativas não se presumem: têm de ser conferidas pontualmente pelo ordenamento. Muitas leis administrativas conferem prerrogativas em muitos assuntos, mas tantas outras as negam em tantíssimos outros.

O direito administrativo em sentido estrito também não é um direito oposto ao direito privado e ao mundo privado. As concepções que o veem assim desprezam as escolhas do direito positivo – que são bem variadas em seu conjunto, já que a legislação é resultado dos embates políticos cotidianos –, além de fazerem uma caricatura do direito privado e do mundo privado.

As normas jurídicas que regulam o funcionamento das entidades do mundo privado (as empresas e as entidades não lucrativas), e que constituem hoje a parcela mais significativa das leis civis e comerciais, têm lógica substancialmente semelhante à aplicável à Administração Pública.<sup>13</sup>

13. É o que acentuou com ênfase Ruy Cirne Lima, jurista gaúcho nascido em 1908 e falecido em 1984, em seu famoso livro *Princípios do Direito Administrativo*, cuja 1ª edição é de 1937. Após explicar que o direito administrativo rege o sujeito “Administração Pública”, o qual tem de ser caracterizado por sua atividade (a “atividade de administração pública”), o autor definiu “administração” como “conceito antagônico ao de propriedade”, de modo que administração é a “atividade do que não é senhor absoluto”.

Tanto as entidades do setor privado como as entidades estatais são totalmente *dependentes do Direito*: todas elas são criadas por atos jurídicos (atos, esses, regulados por normas jurídicas prévias) e ficam vinculadas seja aos fins que ditaram sua criação, seja às formas cujo uso é juridicamente admitido para a concretização desses fins. Em suma: a dependência ao Direito (“princípio da legalidade”) não é exclusiva das entidades estatais nem do direito do Estado, pois todas as entidades do setor privado também se sujeitam a ela.

Longe de ser oposta ao direito privado, a legislação administrativa é substancialmente semelhante aos pressupostos da importantíssima legislação sobre entidades privadas (direito societário, direito das fundações e direito das associações não lucrativas).

Direito administrativo, segundo o conceito útil hoje, é um conjunto determinado não pela divisão completa do Direito em classes excludentes, tampouco pela oposição do público ao privado, mas por um específico recorte. Esse recorte é feito com o critério subjetivo, reunindo as mais diversas normas a que o Estado pode se sujeitar (e mesmo que, por outros critérios, essas mesmas normas sejam vistas como integrantes de vários ramos: o comercial, o trabalhista etc.).

Para a visão aqui defendida, direito administrativo é o direito comum do Estado, formado por normas e regimes de muitas origens e tipos. Não é um conjunto unitário e homogêneo.

Alguém poderia objetar que, dessa forma, direito administrativo se transforma em “saco de gatos”, mistura de coisas totalmente diversas; além disso, de tão amplo, vira quase um sinônimo de ordem jurídica. Essas duas características – a heterogeneidade e a vastidão do conjunto de normas reunidas sob o nome “direito administrativo” – fariam o conceito perder a utilidade.

O que dizer dessa possível crítica?

Em boa medida ela diz a verdade: visto por essa perspectiva, o direito administrativo é mesmo imenso e heterogêneo. E daí? Se o Es-

Mas o autor fez questão de dizer que no direito administrativo exprime “a palavra administração noção semelhante à que lhe é conteúdo em direito privado”, dando exemplos: a atividade “dos órgãos executivos das sociedades civis”, “do pai ou da mãe relativamente aos bens dos filhos”, “dos tutores relativamente ao patrimônio dos tutelados” e dos “mandatários” (5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1982, pp. 20-21).

Na visão de Cirne Lima, portanto, o direito administrativo não é o oposto do privado, antes tem identidade profunda com parte significativa deste.

tado é imenso e heterogêneo, não faz sentido querer simplificar artificialmente as coisas, fingindo que um ramo do Direito reduzido e homogêneo seria capaz de assegurar sua completa submissão ao Direito.<sup>14</sup>

### 10. Insuficiências conceituais do direito administrativo da autoridade

A ideia de que o direito administrativo é o direito das prerrogativas públicas, dos atos de autoridade, continua muito forte no Brasil.<sup>15</sup>

O que se pode dizer dessa concepção?

Conhecer e entender o regime jurídico do exercício, por agentes administrativos, do poder de autoridade nos casos em que a legislação o prevê – seus condicionamentos, sua extensão, seus limites – é, por certo, algo bem importante.<sup>16</sup> Faz sentido também, em certos casos, alguma comparação com as relações jurídicas nascidas do acordo de vontades entre sujeitos iguais.

Mas não há fundamento jurídico-constitucional ou legal para presumir poderes para o Estado, presunção que vem de um paradigma

14. Ademais, o fato de se reconhecer a existência de ramos jurídicos especiais para as atividades legislativa e jurisdicional obviamente não basta para afirmar a unidade e a homogeneidade, sob o nome de direito administrativo, da disciplina jurídica das atividades gerais (as não legislativas e não jurisdicionais). Essa unidade e homogeneidade não existem.

15. Prova disso é que mesmo Alexandre Santos de Aragão, autor de um *Curso* em que se critica a ideia de “supremacia do interesse público sobre o privado” (disse ele que “não existe uma norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público”), não deixou de incluir em seu livro o tradicional capítulo sobre princípios do direito administrativo, escrevendo, logo em sua “Introdução”: “O regime de direito administrativo estabelece para a Administração um conjunto de prerrogativas especiais sobre os particulares para dar conta do atendimento do interesse público, e, concomitantemente, um conjunto de sujeições, a fim de que o exercício destas prerrogativas não seja arbitrário e violador da segurança jurídica. Tanto estas prerrogativas como as sujeições/controles são expressas sob a forma de ‘princípios da Administração Pública’, razão pela qual seu estudo é essencial” (*Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, pp. 83 e 54).

16. Por exemplo, Floriano Azevedo Marques Neto, “A efetividade das decisões. A execução forçosa”, in Diego Zegarra Valdivia e Víctor Baca Oneto (coords.), *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez Años Después – Libro de Ponencias de las Jornadas por los 10 Años de la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Lima (Peru), Palestra Editores, 2011, pp. 175-185.

autoritário.<sup>17</sup> Além disso, boa parte de suas atividades não envolve diretamente exercício de autoridade, de modo que, se o conceito de direito administrativo estivesse necessariamente vinculado a esse critério, muitas daquelas atividades cairiam fora desse ramo.<sup>18</sup>

São muitos os exemplos de atividades estatais que não envolvem uma relação de autoridade.

O mais clássico é o da celebração, entre as pessoas públicas e os particulares, de contratos sob o regime da legislação civil ou comercial, que continuou sendo admitida como possível mesmo em confronto com a ideologia segundo a qual o natural seria o Estado ter um direito próprio, só dele, oposto ao privado.

Alguns especialistas tentaram resolver essa contradição admitindo, muito pragmaticamente, que toda regra tem exceção, e que uma delas seria o uso do direito privado pelo Estado.<sup>19</sup> De qualquer modo, disseram eles, a existência do direito administrativo como ramo do direito da autoridade (do direito público) em nada ficaria prejudicada por isso.

17. Floriano Azevedo Marques Neto, “Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação”, in Thiago Marrara (org.), *Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2012, pp. 419-440.

18. Maria Sylvia, embora conceitue o direito administrativo como “ramo do direito público” – o que tradicionalmente remete à ideia de prerrogativas –, parece aceitar com alguma naturalidade os regimes privado e administrativo como possíveis para a Administração Pública, o que, a rigor, levaria o direito da Administração a ser composto de ambos: “A expressão *regime jurídico da Administração Pública* é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão *regime jurídico-administrativo* é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa” (*Direito Administrativo*, cit., 25ª ed., pp. 48 e 61).

19. Hely Lopes Meirelles tratou o uso do direito privado pela Administração como uma excepcionalidade. Após haver definido o direito administrativo brasileiro como o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”, esclareceu que “atividades públicas” seriam “atos da Administração Pública, praticados nessa qualidade, e não quando atua, excepcionalmente, em condições de igualdade com o particular, sujeito às normas de direito privado” (*Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 40ª ed., p. 40).

Bandeira de Mello, também apegado à ideia de que o Direito para a Administração tem de ser um direito de prerrogativas, procura minimizar a incidência do direito privado na esfera estatal.

Essa resposta, porém, trazia duas incógnitas.

A primeira é que, se o direito para o Estado não é só o administrativo, mas também seu oposto, o privado, seria preciso que as muitas dúvidas quanto ao direito possivelmente aplicável nas relações do Estado fossem resolvidas por uma espécie de direito prévio, que fixasse os critérios para a escolha entre o público e o privado e resolvesse os conflitos.

Essas dúvidas, lógico, não seriam assunto do próprio direito administrativo visto como direito da autoridade, pela razão evidente de que lhe seriam anteriores. Então, em que ramo se poderia buscar resposta a essas dúvidas fundamentais, se o próprio direito maior, o direito público, de que o administrativo seria derivado, também seria um direito da autoridade, e por isso não poderiam sair dele os critérios para optar pelo não público?

Em suma, para que o sistema fosse completo seria preciso haver para o Estado um direito anterior ao público e ao privado, em que estivessem definidas as possibilidades de uso de um ou outro.

Mas que direito anterior seria esse?

Algumas teorias, apesar de inspiradas na ideia de sistema, de sugerirem o caráter exaustivo da classificação do Direito em ramos e de afirmarem a obrigatoriedade, para a Administração, do regime jurídico-administrativo formado de prerrogativas e sujeições, não dão resposta substantiva completa a essa dúvida.<sup>20</sup>

20. Bandeira de Mello não dedica grande atenção ao problema, embora afirme, citando como exemplo as empresas estatais, que: "O Estado, no exercício da função administrativa, pode desenvolver atividades sob um regime *parcialmente sujeito ao direito privado*", caso em que "tais sujeitos não desfrutarão nem de uma posição privilegiada, nem de uma posição de supremacia em suas relações com os particulares". Mas o autor sustenta, a seguir, que isso "evidentemente não significa elisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, nem exclusão, para elas, do enquadramento em todas as demais características, a seguir mencionadas, próprias do regime jurídico-administrativo". O autor sintetiza essas características enunciando o princípio da "indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos" (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., p. 76).

Em outro ponto da obra o autor também admite que as entidades públicas celebrem contratos que sejam regidos pelas normas de direito privado "em seu conteúdo", mas não "quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação" (ob. cit., p. 628).

A orientação do autor é claramente a de minimizar ao extremo a influência do direito privado nas entidades estatais (inclusive nas empresas estatais), o que talvez

A segunda incógnita é que, com a criação e o crescimento das empresas estatais, inspiradas nos modelos empresariais comuns, o uso das fórmulas da legislação privada pelo Estado não pode mais ser considerado uma exceção.

– E daí? – perguntaram muitos especialistas –, se nós podemos, em nossos tratados de direito administrativo, abrir capítulos para tratar das empresas estatais e de outros casos de uso do direito privado pelo Estado, criando inclusive um sub-ramo, o *direito administrativo privado*?

A solução parece boa e prática, mas justamente se ela abandonar a ideia original de direito administrativo como direito da autoridade, e aí ele passará a ser algo bem distinto, um direito estatutário, isto é, próprio de uma categoria de sujeitos (no caso, todas as entidades estatais). A solução inclusive traria para o interior desse direito estatutário os critérios de distinção dos diferentes regimes possíveis para o Estado (o regime público, das relações de autoridade, e também o privado, das relações de igualdade), e resolveria a insuficiência da teoria anterior.<sup>21</sup>

Mas aí, então, a incógnita é outra: por que continuar falando de direito administrativo se ele deixa de ser direito da autoridade e se torna algo mais amplo?

O fato é que a solução, para ser boa, importaria, mesmo, trocar a ideia original de direito administrativo (direito da autoridade) por

justifique que sua obra não se dedique a deduzir critérios gerais para determinação dos casos em que essa influência seria possível, tampouco a discutir se tais critérios fariam, ou não, parte do direito administrativo ou de algum outro ramo jurídico, superior ou lateral.

21. Em alguma medida, parece ser a tentativa de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que admite os "regimes de direito público e de direito privado" para a Administração.

Quanto ao critério da aplicabilidade desses regimes, a autora afirma que ele depende de decisão constitucional ou legal, argumentando: "O que não pode é a Administração Pública, por ato próprio, de natureza administrativa, optar por um regime jurídico não autorizado em lei; isto em decorrência de sua vinculação ao princípio da legalidade". A seguir, acrescenta: "Não há possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a Administração pode atuar sob regime de direito privado; em geral, a opção é feita pelo próprio legislador, como ocorre com as pessoas jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado. Como regra, aplica-se a regra de direito privado, no silêncio da norma de direito público" (*Direito Administrativo*, cit., 25ª ed., p. 61).

outra: a de direito comum do Estado. Não seria só um novo rótulo, pois se estaria reconhecendo que o conteúdo desse direito comum do Estado é de fato bem mais abrangente, incluindo todas as normas jurídicas aplicáveis às entidades estatais, estando ou não em pauta a autoridade pública, donde também a heterogeneidade desse direito.

Essa ampliação tem a vantagem suplementar de suprir uma insuficiência da explicação que tende a descrever como de direito privado a generalidade dos casos em que o Estado não usa poder de autoridade.

Ora, as atividades de fomento, a assistência social, os serviços culturais e educacionais, mesmo a gestão de seu patrimônio, e outros tantos casos em que não entra o poder de autoridade no regime jurídico em que atua o Estado, tudo isso normalmente tem suas leis e características específicas, feitas sob medida para o Estado e para as situações, constituindo uma legislação administrativa, não se cogitando de aplicar a legislação dita privada (Código Civil e legislação esparsa). Não há autoridade nesses casos, certo, mas não dá para dizer que o Estado está agindo pela lógica do Código Civil e de outras normas equivalentes, pois isso não é verdade.

O Estado está simplesmente agindo pelo direito comum do Estado, que nesse caso nem é direito da autoridade, nem é lá totalmente comparável com regras privadas; é um regime em alguma medida próprio, fruto de opções legislativas casuísticas, só isso.

## 11. *Função prescritiva dos conceitos e o direito administrativo da autoridade*

A ampliação conceitual, para aceitar com clareza que o direito administrativo é um direito comum do estado, nem sempre envolvendo relações de autoridade, tem outro efeito positivo: o de evitar que, como é frequente, a impropriedade conceitual acabe por contaminar a interpretação e a aplicação nesse campo.

A verdade é que os conceitos jurídicos nas áreas dogmáticas – como o conceito de direito administrativo – não servem apenas à descrição do direito positivo. Sua principal função acaba sendo a de influir na interpretação e na aplicação. São conceitos com funções prescritivas.

Assim, os destinatários que se aproximam do direito administrativo mirando-o instintivamente como direito da autoridade irão, com alguma naturalidade, aplicá-lo sob a influência dessa ideia, e escorregarão para as soluções autoritárias.

Quando se diz que o direito da Administração é em princípio o administrativo e que ele é normalmente um direito dos atos de autoridade, as pessoas são induzidas com facilidade a aceitar a tese de que a supremacia e os poderes do Estado sobre os particulares se presumem.<sup>22</sup>

Daí é só um pequeno passo até aceitar – ou, mesmo, exigir – que, em nome de valores supostamente transcendentais, haja um regime jurídico único para as relações do Estado com os particulares, no qual esteja sempre embutido o signo da autoridade, mesmo à míngua de lei.<sup>23</sup>

## 12. *Um direito administrativo do interesse público oposto ao privado?*

O fato é que o critério da autoridade para definir o direito administrativo (ou para definir o próprio direito público, mais amplo), embora ainda surpreendentemente vivo, já desde cedo vinha sendo bastante contestado.

22. É no mínimo imprudente afirmar, por exemplo, ainda mais quando se descreveu como unitário o caráter do direito administrativo, que a “supremacia do interesse público sobre o privado” é “verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público”, e que isso “significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto” (Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., pp. 70-71).

23. A constatação desse risco não é original do presente estudo.

Viveiros de Castro, figura importante do mundo jurídico brasileiro nos primeiros anos do século XX (nascido em 1867, foi nomeado ministro do STF em 1915 e faleceu em 1927), em seu *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, cuja 1ª edição é de 1906, tratando do conceito de direito administrativo e da classificação dos ramos em público e privado, já ponderava: “O caráter de público, aplicado em seu significado tradicional ao Direito do Estado, em oposição ao direito privado dos particulares, produz uma sugestão muito perniciosa, tanto no direito político como no administrativo”, pois com isso o funcionário público acaba por se considerar “como o órgão imediato do interesse supremo”, olvidando que “ele não é mais que um representante do Estado” e que toda relação jurídica que envolve o Estado “está absolutamente submetida à lei” (3ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, 1914, pp. 101-102).

A alternativa dos críticos fora sustentar que o Estado, usando ou não autoridade, estaria de qualquer modo submetido a um regime jurídico especial, de *sujeições*, exigidas pela presença do interesse público, pela prestação de um serviço à comunidade (um serviço público).

Essas sujeições, que são limitações ou condicionamentos à atuação dos agentes estatais (dever de impessoalidade, de publicidade, de motivar os atos, de fazer concurso público, de licitar etc.), não seriam próprias do direito privado, que é ligado aos interesses privados, donde a utilidade de um ramo todo especial – o direito administrativo – para as relações em que as sujeições públicas estivessem presentes, ainda que ausentes os poderes de autoridade.

Essa postura de abandonar com coragem a identificação conceitual entre o direito administrativo todo e o poder de autoridade é mesmo algo importante, teórica e politicamente.

Tentando fugir dos perigos autoritários, esta seria uma possível explicação alternativa para o direito administrativo: um direito do interesse público, um ramo do direito público específico da Administração, isto é, dos atos estatais dotados de prerrogativas (aqui, a autoridade pública) e condicionados sempre por sujeições (aqui, o interesse público); ou apenas condicionados por sujeições, quando as normas não previrem as prerrogativas.

Só que essa modificação conceitual também teria seus defeitos, pois, embora deixasse de exigir sempre o requisito da autoridade para caracterizar o direito administrativo, preservaria tudo o mais. O direito administrativo, visto, agora, como direito do interesse público, continuaria a ser considerado como oposto do direito privado (direito dos interesses privados).

Assim, esse conceito alternativo tentaria salvar a primeira classificação (público  $\times$  privado), só com o pequeno ajuste de prescindir da autoridade.

Mas por que tanto empenho em garantir a sobrevida dessa classificação como base essencial do direito administrativo? Que razões haveria para se aferrar a ela?

### **13. Possíveis utilidades da distinção entre direito administrativo e direito privado**

Nos Países em que se tinha adotado a dualidade de jurisdição, como a França, em que o velho Judiciário ficara em princípio como

Justiça dos particulares e a Administração ganhara a Justiça administrativa – dualidade que não se estava imaginando abandonar –, manter alguma dicotomia seria indispensável, pois do contrário não se teria como distinguir as competências de cada jurisdição.

Mas por que a dicotomia não podia ser apenas subjetiva, isto é, considerar somente o sujeito envolvido no litígio? Por que a Justiça administrativa não poderia ser a competente para todos os processos envolvendo a Administração (este *sujeito*, independentemente da norma aplicável), ficando os demais casos com o Judiciário tradicional?

A razão nada tem de teórica no caso da França, por exemplo: é que a Justiça administrativa nunca fora competente para todos os processos envolvendo a Administração; parte deles ia mesmo para o Judiciário. E não se estava pensando em mudar isso, que parecia funcionar a contento na vida real. Para esse fim prático, portanto, a linha que separava o público do privado, que fora a linha tradicional de divisão de competências jurisdicionais, precisaria ser mantida.

Isso era uma razão, então, para conservar a dicotomia público e privado que esteve na base na identificação do direito administrativo como ramo jurídico. Sendo preciso conservá-la, mas não se mostrando consistente, suficiente ou prudente o critério da autoridade, que a viabilizara de início, uma saída razoável seria salvar a classificação mas trocar o critério. Sairia, assim, o critério isolado da autoridade e entraria o critério mais amplo do interesse público.

O direito administrativo, redefinido agora como direito do interesse público e distinto do direito dos interesses privados (direito privado), continuaria a ser útil para identificar a competência da Justiça administrativa.

A utilidade de um conceito do direito administrativo como distinto do direito comum privado também pode existir em Países sem dualidade de jurisdição, e, portanto, sem Justiça propriamente administrativa.

No modelo de alguns Países latino-americanos os processos contenciosos envolvendo direito administrativo, mesmo sendo de competência do Judiciário comum, seguem regime processual específico, previsto na lei do contencioso administrativo e distinto do regime dos processos judiciais comuns (processos civis). Nesses Países são necessários critérios para distinguir a matéria contencioso-administrati-



va das matérias comuns, pois com esses critérios se identifica a lei processual aplicável.

Para esses Países, assim como para os que adotam a dualidade de jurisdição, faz sentido que o conceito de direito administrativo dê resposta ao problema prático fundamental de saber em cada caso qual o regime processual aplicável (o do processo contencioso-administrativo ou o do processo comum, civil). Logo, para esses Países, distinguir o administrativo do privado é questão central do direito administrativo.

E para o Brasil?

#### **14. O conceito de direito administrativo no Brasil não precisa da dicotomia público e privado**

Nada disso tem a ver com o Brasil, que não tem Justiça administrativa nem um direito processual específico do contencioso administrativo.

Entre nós, a divisão interna de competências judiciais não usa a dicotomia público e privado; e o regime geral aplicável aos processos das entidades estatais é o do direito processual civil.

A Justiça Estadual brasileira (a comum) é competente tanto para processos de pessoas comuns (não estatais) como de pessoas estatais. A Justiça Federal é especializada em processos da União e das demais entidades federais, o que inclui entidades federais de direito privado (salvo as sociedades de economia mista, cujas causas vão para a Justiça Estadual) e processos de qualquer área do Direito e com qualquer questão (não sendo importante saber se está presente ou ausente o interesse público, a autoridade pública ou coisas parecidas).

A verdade é que, no Brasil, mais do que faltar motivo para salvar a todo custo a dicotomia público e privado, havia excelentes motivos para deixar de usá-la como critério de definição de uma área jurídica como a administrativa.

Para nós, exatamente por que a divisão de competências judiciais, ao menos no caso da Justiça Federal, baseia-se no critério subjetivo (isto é, no tratar-se, ou não, de uma pessoa jurídica estatal), era este o critério que deveríamos ter usado para reorganizar as áreas do Direito. Deveríamos, então, estar trabalhando na construção de um direito

comum das pessoas jurídicas estatais, e não de um direito administrativo como oposto ao privado.

Mas a comunidade jurídica brasileira não parece muito entusiasmada com esse caminho.

Efeito da pura inércia, já que tudo havia começado, no Brasil do século XIX, com a importação das ideias francesas de direito administrativo, calcadas na distinção entre o público e o privado – e é sempre bem difícil convencer as pessoas a trocar modelos estabelecidos? Talvez.

Mas isso não explica tudo.

#### **15. O direito administrativo como antítese do privado é concepção estatista e antiliberal**

A oposição entre o público e o privado contou com outras razões, ideológicas, para ser mantida.

No Brasil, onde o estatismo foi forte desde o início – e só fez aumentar com o tempo –, as ideias liberais sempre foram vistas com muita desconfiança.

Nesse prisma ideológico, o público é o bem, o privado é o mal (que, aliás, cabe ao público consertar). O Estado é o bem; os particulares, o mal. O direito administrativo é o direito do interesse público, o direito privado é o direito do egoísmo privado, o direito do dinheiro. O direito administrativo é o direito do bem, o direito privado é o direito do mal.<sup>24</sup>

24. Dois autores brasileiros influentes do final do século XX e início do XXI, Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são muito explícitos na defesa apaixonada da ideia de que o direito administrativo é o antídoto estatal necessário contra os desastres do liberalismo.

Maria Sylvia, em artigo de defesa do “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” como base fundamental do direito administrativo, criticou “todos os malefícios” causados pelas “teses contratualistas e liberais de fins do século XVII e século XVIII”, disse que o “interesse público a ser alcançado pelo direito administrativo” no Estado Social preocupa-se com “valores considerados essenciais”, e “não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja”, classificou as críticas ao princípio da supremacia como ligadas aos “ideais do neoliberalismo” e ao “direito administrativo econômico, que se formou e vem crescendo na mesma proporção em que cresce a proteção do interesse econômico em detrimento de outros igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro”.

Nesse ambiente polarizado, a conservação da dicotomia cumpriu funções políticas antiliberais. Mesmo porque não era uma dicotomia baseada na simples *separação* entre público e privado, mas na *oposição* entre eles, o público contra o privado.

Assim, o direito administrativo acabou sendo visto como um direito público *contra* o privado.

E isso em dois sentidos.

Em primeiro lugar, um direito contra os agentes privados, um direito muito forte para (o Estado) combater o generalizado mal privado. Isso acabou dando incrível sobrevida ao critério da autoridade, justificando que os poderes e a supremacia do Estado sobre os privados fossem muitas vezes presumidos ou exacerbados.<sup>25</sup>

A autora arrematou com este trecho bastante expressivo: “A doutrina que se considera inovadora compõe, sob certo aspecto, uma ala retrógrada, porque prega a volta de princípios próprios do liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social e inexistia a preocupação com o bem comum, com o interesse público. Ela representa a volta aos ideais de fins do século XVIII. As consequências funestas do liberalismo recomendam cautela na adoção dessas ideias, até porque se opõem aos ideais maiores que constam do ‘Preâmbulo’ e do título inicial da Constituição, para valorizarem excessivamente determinados princípios do capítulo da ordem econômica, privilegiando a liberdade de iniciativa e de competição” (“O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo”, in Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (orgs.), *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2010, pp. 85-102).

Bandeira de Mello, justamente no capítulo inicial de sua obra, tratando do “Direito Administrativo e o Regime Jurídico-Administrativo” e de suas “bases ideológicas”, após aludir à opção brasileira pelo Estado Social e Democrático de Direito, também fez considerações muito críticas à “privatização”, à “reforma do Estado”, ao “neoliberalismo”, à “globalização”, às “forças hostis aos controles impostos pelo Estado e aos investimentos públicos por ele realizados” e ao “ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada País quanto no plano internacional” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., pp. 51-52).

25. Os doutrinadores brasileiros que, na atualidade, defendem o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” como base fundamental do direito administrativo explicam com ênfase que isso não significa que “o interesse público sempre, em qualquer situação, prevalece sobre o particular”, pois isso é coisa de “regimes totalitários”; segundo eles, a prevalência ocorre apenas “nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico” (Maria Sylvania, “O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo”, cit., in Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (orgs.), *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, pp. 94-97).

Mas a explicação não é muito sincera.

Em segundo lugar, sustentou-se que o direito para o funcionamento do Estado não podia se parecer com as práticas privadas, egoísticas ou até maliciosas, justificando que as sujeições sobre os agentes estatais fossem sempre presumidas e frequentemente maximizadas; nesse sentido, buscou-se fazer do direito administrativo algo contrário, mesmo, ao direito privado e às práticas do mundo privado.<sup>26</sup> De modo que, por essa visão, o direito administrativo seria definível como a perfeita antítese do direito privado.<sup>27</sup>

Desde logo porque, se fosse, o tal princípio seria um sinônimo inútil de “legalidade”, e esses autores o teriam abandonado sem qualquer receio, dando por suficiente a legalidade.

E por que não o abandonaram, por que o elogiam com tanta paixão?

Por acreditarem que a “supremacia do interesse público” é norma jurídica geral, acolhida pela “concepção presente na Constituição do Brasil, de 1988, que adota os princípios do Estado Social de Direito” (idem, p. 91), fazendo a “dignidade do ser humano” sobrepor-se ao “liberalismo” (idem, p. 90). Por essa visão, portanto, a “supremacia do interesse público sobre o privado” já estaria agasalhada em princípio e de modo geral no ordenamento, não dependendo de previsões em normas específicas.

26. Em termos práticos, essa sustentação é feita no Brasil por meio de uma conjugação das teorias do “regime jurídico-administrativo”, dos “princípios do direito administrativo” e da “constitucionalização do direito administrativo”, todas elas calçadas na oposição ao privado.

Fernando Dias Menezes de Almeida, resenhando as linhas teóricas predominantes entre os autores brasileiros a partir da década de 1980, após notar o prestígio da “visão finalístico-valorativa” (que tende a colocar o direito administrativo a serviço de certos valores políticos), destacou que seu “ponto de convergência” é justamente a teoria do “regime jurídico-administrativo”, explícita ou implícita nos vários autores.

Na síntese de Menezes de Almeida, os seguintes elementos estão sempre presentes na explicação desse regime: “(a) é inspirado finalisticamente; (b) é emoldurado pela legalidade; (c) possui por conteúdo um conjunto de princípios de 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” (*Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*, tese de titularidade, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2013, p. 316).

27. Bandeira de Mello sustentou que um dos “princípios subordinados” da “supremacia do interesse público sobre o privado” seria o das “restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública”, explicando que, por força dessa característica, “o direito administrativo desvenda não ser um instrumento de atuação estatal marcado tão só pelas prerrogativas de autoridade, conquanto defensivas do interesse público, mas exibe a sua marca mais expressiva: a do comprometimento com os interesses da sociedade (como o queria Duguit), em nome dos quais erige barreiras defensivas contra quem quer que esteja no desempenho de atividade estatal (...)”.

É interessante observar que, com o passar do tempo e a luta pela democracia no Brasil – que chegaria, por fim, na década de 1980 –, muitos administrativistas, ao contrário do esperado, foram ficando mais e mais radicais na defesa de sujeições sobre os agentes estatais.

Essa postura talvez seja a tentativa de repaginar, agora no ambiente democrático, a velha visão estatista e antiliberal: a base do direito administrativo seria ainda o antigo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (com extensos poderes para o Estado desfazer os males do mundo privado), mas seria de algum modo justificado e adotado pelo aumento das sujeições sobre o exercício da atividade estatal (para manter a máquina estatal vinculada aos interesses públicos, livrando-a dos desvios e da influência privada).

#### **16. Contra a contaminação ideológica do conceito de direito administrativo**

O que dizer dessas concepções?

Parte significativa das soluções que o direito positivo concebe para o Estado – inclusive as competências de autoridade e as sujeições – são especiais para ele, exclusivas dele. Constatar e descrever essa exclusividade é útil e relevante. Mas isso não legitima que os intérpretes inventem para o direito administrativo um *princípio da antítese ao privado*, princípio, esse, de conteúdo prescritivo, para o fim de levar as diferenças do direito estatal bem além do ponto em que o direito positivo as tiver colocado.

Por óbvio, é natural e necessário que os administrativistas, olhando o direito positivo, reconheçam que, neste ou naquele caso, as normas deram tais e quais poderes ao Estado ou lhe impuseram esta e aquela sujeição. Isso é o correto. Trata-se de simplesmente aceitar o que o direito positivo dispôs.

Mas isso não é razão para administrativistas brasileiros se aferrarem à antítese entre público e privado como alicerce do direito administrativo todo, tampouco para sacarem dela princípios gerais do di-

A seguir, enfatiza o autor: “Este, de resto, é justamente um traço fundamental na identificação da antítese entre direito privado e direito público” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., pp. 70 e 74-75).

reito administrativo que aumentem artificialmente os poderes do Estado ou as sujeições dos agentes públicos.

Em outros Países a distinção público e privado, mesmo tendo seus perigos, podia até se justificar pela necessidade de oferecer critérios gerais para identificar a Justiça competente ou o regime processual aplicável em cada caso. No Brasil, não.

Assim, quem no Brasil, para fins de definição geral do direito administrativo, apegou-se à antítese e a seus princípios gerais estava, conscientemente ou não, tomando partido por interpretações estatistas e antiliberais para o direito administrativo e aceitando que, mesmo sem base em normas específicas, se adotasse alguma presunção em favor de mais poderes para a Administração ou mais sujeições sob os agentes estatais. Afinal, é só para isso que, no plano da conceituação geral do direito administrativo, a antítese serve no Brasil.

Afora isso, é também inconveniente e arriscado associar o direito estatal todo a algo em princípio oposto ao privado.

Inconveniente, pois essas abstrações, conquanto usadas pelo direito positivo em temas e regulações específicos, não o são para a definição global de regimes jurídicos para o Estado – tanto que, para ficar em dois exemplos, as empresas estatais continuam funcionando segundo as leis societárias e fazendo contratos pela legislação civil e comercial e a própria Administração direta do Estado pode usar contratos sem diferenças substanciais com os privados.

Quando, por conta do dogma de que o direito administrativo tem de ser unitário e sistemático, se pressupõe que seus institutos podem ser todos conhecidos sem exame detalhado de suas regras específicas, pois suas características necessárias já estariam delineadas em certos princípios gerais, o que se está propondo é uma rebelião contra o direito positivo.<sup>28</sup>

E é também arriscado associar o direito do Estado à rejeição do privado, porque a antítese entre interesse público e interesse privado

28. É de Bandeira de Mello a afirmação de que, “ao ser conhecido como de direito administrativo um dado instituto, não há necessidade de enumerar e explicar pormenorizadamente o complexo total de regras que lhe são pertinentes, uma vez que, de antemão se sabe, receberá, *in principio*, e em bloco, o conjunto de princípios genéricos (...)” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 31ª ed., p. 95).

é, nesse caso, muito abstrata e artificial. Dizer que o interesse público é oposto ao privado, e que o regime privado é o do egoísmo enquanto o administrativo é o da solidariedade, pode parecer bonito, pode servir às tiradas de estilo do “jurista cordial”, pode até ser correto em certos casos, mas é vago, além de falso como regra geral.

Em suma, a não ser para os militantes estatistas e antiliberais, não se justifica no Brasil a obsessão de que o direito do Estado só pode ser compreendido como algo *oposto* ao privado.

É preciso que o conceito de direito administrativo evolua para o de um amplo direito estatutário, um direito comum para o Estado, aceitando-se aquilo que já é realidade no direito positivo: a existência de regimes múltiplos, concebidos para as situações de que tratam. Esses regimes, construídos democraticamente pelo legislador, não podem ficar sujeitos ao veto de princípios com origem ideológica radical.

## Capítulo 5

### QUE DIREITO ADMINISTRATIVO?

*1. Teoria dos antagonismos. 2. Direito administrativo do clipe x direito administrativo dos negócios. 3. Esse antagonismo e as desestatizações de gestão. 4. Esse antagonismo na regulação. 5. O caráter bipolar do direito administrativo.*

#### 1. Teoria dos antagonismos

Até a década de 1970 o jurista quase se ocupava só da moldagem de *institutos*: atos, contratos, entes, procedimentos. Sobre isso falava a seus alunos ou clientes. Cada aula, cada caso, um exercício de classificação (como distinguir *convênio* de *contrato administrativo*?). Nessa perspectiva, cabia-lhe destacar os institutos novos ou a deturpação dos velhos, por obra da lei, da jurisprudência, da evolução doutrinária.

Depois, cresceu a produção da fábrica jurídica – mais, mais e mais normas, demandas, juízos; variações e degeneração das fórmulas – e o *direito dos institutos* saiu de moda.

O sucessor foi o *direito dos princípios*, tímido nos anos 1980, hoje artigo de consumo. O operador tornou-se *abstracionista prático*, gerindo as dúvidas do cotidiano (“Corta-se a luz do consumidor indimplente?”) com sentenças algo vagas: tanto as belas (“A dignidade da pessoa humana a tudo prefere”) como as rudes (“O interesse público prefere ao privado”). Para tratar de atos administrativos viciados, antes o pensamento focava em *nulidade*, *anulabilidade* e *inexistência* (institutos); agora, em *segurança jurídica*, *proteção da confiança*, *boa-fé objetiva*, *improbidade* (princípios).

O papel do jurista, nesse novo contexto, é saudar – ou sofrer – a positivação de princípios, descobrir suas novas concreções, por aí.