

Em RTDP w. 51/52, S. Paulo, Malheiros, pp. 12-25
(sem data).

nenhum deles inspirado no direito privado. Conforme ensinamento de Georges Vedel (ob. cit., p. 57), quatro princípios essenciais informam o direito administrativo francês: o da *separação das autoridades administrativas e judiciárias*, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; o das *decisões executórias*, que reconhece à Administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; o da *legalidade*, que obriga a Administração a respeitar a lei; e o da *responsabilidade do poder público*, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares.

O fato de ter-se criado um ramo autônomo para reger as relações de que a Administração Pública é parte não significa que o Conselho de Estado nunca utilizasse o direito privado. Pelo contrário, ainda uma vez lembrando a lição de Georges Vedel (ob. cit., p. 48), "o que permanece verdadeiro da tese clássica é que, ao contrário do juiz judiciário, o juiz administrativo é senhor de decidir se os Códigos e as leis de direito privado se aplicam a tal ou tal matéria dependente de sua competência. Conforme os casos, ele próprio forjará as regras aplicáveis ou considerará inútil a derrogação das regras do direito privado".

Um dado relevante sobre o direito administrativo é a fácil constatação de inúmeras *contradições e paradoxos* presentes nesse ramo do direito desde as suas origens até os dias atuais.

Em primeiro lugar, releve-se o fato de que o direito administrativo surgiu em pleno período do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico. A grande preocupação era a de proteger as liberdades do cidadão; daí a elaboração do *princípio da legalidade*. No entanto, paradoxalmente, o direito administrativo nasceu sob o signo do autoritarismo, já que reconheceu uma série de prerrogativas

(potestades públicas) à Administração Pública. Daí a afirmação de que o regime jurídico administrativo compreende o binômio: *liberdade e autoridade*. A liberdade é garantida por princípios como os da legalidade, isonomia, separação de poderes. A autoridade é protegida por prerrogativas públicas que garantam a supremacia do poder público sobre o particular.

Outro paradoxo ainda relacionado com o princípio da legalidade: sob inspiração dos princípios revolucionários, o direito francês elaborou o princípio da legalidade (que, na França, corresponde à expressão Estado de Direito, criada pelo direito alemão), com o objetivo de proteger os direitos individuais. No entanto, paradoxalmente, na França a lei não é a principal fonte do direito administrativo. A principal fonte é a jurisprudência elaborada pela jurisdição administrativa, especialmente o Conselho de Estado. Na França, falar em princípio da legalidade significa falar primordialmente em submissão à jurisprudência elaborada pelos órgãos de jurisdição administrativa.

2. Uma palavra sobre o sistema da "common law" e seus paradoxos

O sistema da *common law*, em que se enquadram, entre outros, o direito inglês e o direito norte-americano, demorou a reconhecer a existência do direito administrativo, por repudiar duas idéias fundamentais do direito administrativo francês: a sujeição da Administração Pública a um regime jurídico próprio, diverso do aplicável aos particulares (daí a expressão *common law*, a designar a existência de um regime único para poder público e particulares) e a existência de uma jurisdição administrativa própria para decidir os litígios da Administração Pública (daí o sistema da unidade de jurisdição).

Paradoxalmente, o sistema da *common law* levou à formação de um direito-administrativo com características muito seme-

DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

INOVAÇÕES NO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. *Origem do direito administrativo: o direito francês e seus paradoxos.* 2. *Uma palavra sobre o sistema da "common law" e seus paradoxos.* 3. *O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da "common law".* 4. *Principais inovações no direito administrativo: ainda a influência do direito estrangeiro: 4.1 Alterações no princípio da legalidade; 4.2 O princípio da participação popular; 4.3 Alterações na idéia de discricionariedade; 4.4 Alterações no conceito de serviço público; 4.5 Outra inovação: movimento de agencificação e introdução da atividade de regulação; 4.6 Adoção do princípio da subsidiariedade; 4.7 Fuga do direito administrativo.*

1. Origem do direito administrativo: o direito francês e seus paradoxos

Antes de entrar na análise do tema proposto, impõem-se algumas considerações sobre as origens do direito administrativo e sobre as influências que o direito estrangeiro exerceu sobre a formação do direito administrativo brasileiro e ainda exerce em sua evolução.

Sabe-se que o direito administrativo, como ramo autônomo do direito, teve origem na França, sendo de elaboração pretoriana, em decorrência do trabalho do Conselho de Estado, que é o órgão de cúpula da jurisdição administrativa que se constituiu naquele país.

O direito administrativo nasceu referido a um sujeito — a Administração Pública. Por isso mesmo se entendeu que devia ser consi-

derado por normas próprias, derogatórias do direito privado que rege as relações entre particulares.

Segundo Georges Vedel, em seu *Droit Administratif* (Presses Universitaires de France, 1964, p. 53), o direito administrativo francês é, em grande parte, *não legislativo*, porque formulado pelo juiz. Diz ele que "nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e ao direito privado e à intensão de lacunas legislativas levaram o juiz a fazer verdadeiramente o direito". A função do juiz administrativo não era só a de interpretar o direito positivo, como o fazia o juiz comum, mas também preencher, por suas decisões, as lacunas da lei.

O direito administrativo francês se elaborou com base em determinados conceitos, como o de serviço público, de autoridade, de poder público, de especialidade de jurisdição,

lhantes às do direito administrativo francês (com o reconhecimento de prerrogativas públicas para a Administração) e, o que é mais contraditório, outorgou às agências reguladoras *funções quase legislativas e quase judiciais*.

Quase legislativas, porque as agências (que, em conjunto, formam a Administração Pública) têm o poder de baixar normas com força de lei, obrigatórias para os cidadãos, mas que se colocam hierarquicamente abaixo da lei. Uma norma posta por uma agência não pode contrariar a lei. Para compatibilizar essa função normativa com o princípio da separação de poderes, criou-se uma sistemática: a agência só pode baixar normas se essa atribuição for atribuída por lei específica; as normas devem observar os *standards* (conteitos indeterminados, diretrizes, princípios), contidos na lei ou na Constituição; cabe ao Judiciário examinar a validade das normas das agências diante desses *standards* contidos na lei, podendo invalidar as normas que os contranem; para esse fim, elaborou-se o *princípio do devido processo legal substantivo*, pelo qual a norma da agência só é válida na medida em que seja razoável, adequada, racional, em relação aos *standards* contidos na lei; para garantir o aspecto democrático, submeteu-se a elaboração de normas pelas agências a um procedimento, definido na Lei de Procedimentos Administrativos, em que a participação é fundamental, sob pena de ilegalidade. Vale dizer que a elaboração legislativa pelas agências baseia-se num tripé: a delegação legislativa, o controle judicial do conteúdo das normas com base no princípio do devido processo legal substantivo e a imposição de observância de procedimento administrativo com a participação do cidadão (devido processo legal adjetivo).

Quase judicial, porque as agências têm o poder de resolver conflitos na esfera administrativa, inicialmente com exclusão da apreciação judicial quanto à matéria de fato e às questões técnicas (a chamada *discricionariedade técnica*). Com o tempo, o controle judicial cresceu e o Judiciário passou a apre-

guma influência do sistema da *common law*, especialmente do direito norte-americano.

No Brasil-Colônia, aplicavam-se as leis portuguesas, especialmente as Ordenações do Reino.

No período do Império, adotaram-se os princípios do Estado do Liberal, sob influência do direito francês, inclusive com a criação do Conselho de Estado. Só que este não exercia função jurisdicional e sim função consultiva. Também nesse aspecto o direito francês serviu de modelo, porque na fase inicial do Conselho de Estado francês, o órgão não tinha independência, sendo suas manifestações sujeitas à aprovação do Imperador.

No primeiro período da República, sucedeu-se o Poder Moderador e o Conselho de Estado. Isto ocorreu porque se abandonou a influência francesa da dualidade de jurisdição e se acolheu o modelo anglo-americano da unidade de jurisdição. No Decreto n. 848, de 11.10.1898, inseriu-se dispositivo (art. 387) determinando que "os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas da República dos Estados Unidos da América, os casos de *common law* e *equity* serão também subsidiários da jurisdição e processo federal".

Com isso, passou a Administração Pública a submeter-se ao controle jurisdicional. E também, em matéria de direito administrativo e ainda sob influência do direito norte-americano, a jurisprudência passou a ocupar papel de destaque como fonte do direito. Ou seja, a jurisprudência passou a desempenhar importante papel na criação do direito.

Conforme demonstramos em artigo sobre "500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro" (in *Cadernos de Direito e Cidadania II*, publicado pelo Instituto de Estudos de Direito e Cidadania, São Paulo, Artchip Editora, 2000, pp. 39-69), com base nos ensinamentos de Lafayette Pondé (in *RDA* 178, pp. 24-37), existem vários exemplos de criação jurisprudencial de institutos consagrados no direito administrativo brasileiro,

alguns temporariamente e outros em caráter duradouro, até os dias atuais; alguns foram aplicados como institutos não previstos no direito positivo e, outros, contrariamente à letra da lei: ampliação do instituto do *habeas corpus* para proteção de outros direitos individuais que não a proteção da liberdade de locomoção; criação do instituto da *desapropriação indireta*; ao arripio do art. 547 do Código Civil, que exigia indenização prévia e o requisito de decreto explícito; aplicação do contrato de *concessão de uso* e não de contratos de direito privado para a ocupação de boxes ou bancas de mercado público ou de locais em logradouros públicos; submissão das *serviços administrativas* a regime jurídico próprio; a adoção de uma *teoria dos contratos administrativos*, com características diversas do direito privado; afastamento da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos; aplicação da *teoria da imprevisão* e da *teoria do fato do príncipe* segundo regras especiais; tese de que os funcionários públicos se regem por um *status* e não por contrato, sendo suas vantagens e deveres iguais para uma mesma categoria; reconhecimento e qualificação da *autarquia*, como pessoa jurídica de direito público não prevista no art. 14 do Código Civil de 1916; reconhecimento da *teoria do risco*, em termos de responsabilidade civil do Estado, contrariamente à norma do art. 15 do Código Civil.

Pode-se afirmar que o direito administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito norte-americano, no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição, à jurisprudência como fonte do direito, à submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, ficou evidente que a influência predominante foi a do direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. Nisto

não adotou o mesmo princípio do *stare decisis*, que dá força obrigatória aos precedentes judiciais. E, embora adotando o princípio da legalidade herdado do direito francês, o mesmo foi aceito em sua pureza, tal como apregoado pelos ideais revolucionários: a lei, como ato do parlamento, representante da vontade geral do povo, é a principal fonte do direito. E esse postulado foi inserido, com ressalva para a Constituição de 1937, em todas as Constituições brasileiras, inclusive na do Império (art. 179, I). Vale dizer que todas as Constituições, com a ressalva já apontada, sempre contiveram a norma segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

É curioso que, embora o direito francês considerasse o princípio da legalidade como uma das bases do direito administrativo, na prática, afastou-se desse postulado, na medida em que a jurisprudência adotada pela jurisdição administrativa transformou-se, aos poucos, na principal fonte do direito administrativo. No direito francês, falar em princípio da legalidade significa falar na força obrigatória das decisões do Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa.

Em decorrência da adoção do princípio da legalidade, o direito administrativo brasileiro, à semelhança de outros direitos, como o espanhol, o português, e dos países sul-americanos, colocou no direito positivo aquilo que no direito francês constituíam teorias e princípios de elaboração jurisprudencial. Aquilo que na França é alterado pela jurisdição administrativa, no Brasil depende de alteração legislativa. E com uma agravante: as bases do direito administrativo estão na Constituição: as intervenções do Estado na propriedade privada, o regime estatutário do servidor público, os princípios da Administração Pública, a regra sobre responsabilidade civil do Estado, o princípio da licitação, as normas sobre orçamento e contabilidade pública, as competências normativas, a proteção do patrimônio público, os direitos e garantias do cidadão perante a

estatal (dois vocábulos criados no direito italiano), a noção de interesse público, e o próprio método de elaboração e estudo do direito administrativo, mais técnico-científico do que o método pragmático do direito francês. Com efeito, ao lado dos alemães, os autores italianos muito contribuíram, não só aqui, mas em outros países, para a mudança do próprio método de estudo do direito administrativo; este, sendo de formação jurisprudencial, era elaborado a partir de casos concretos, sem muita preocupação com a sistematização; a doutrina alemã e a italiana contribuíram para a adoção de um método técnico-científico.

No *direito alemão* parece ter encontrado inspiração o tema dos conceitos jurídicos indeterminados e do princípio da razoabilidade (relacionados com a matéria de interpretação e discricionariedade administrativa). Sob esse aspecto também foi grande a contribuição da doutrina portuguesa e espanhola, que, como o direito brasileiro, caminharam para a positividade do direito administrativo.

Do sistema da *common law*, o direito administrativo brasileiro herdou o princípio da unidade de jurisdição, o mandato de segurança e o mandato de injunção, o princípio do devido processo legal, inclusive, mais recentemente, em sua feição substantiva, e que praticamente se confunde com o princípio da razoabilidade, hoje já aplicado no direito brasileiro.

Até na doutrina social da Igreja foi-se procurar inspiração para instituir o princípio da função social da propriedade, que deu origem às desapropriações sancionatórias; e também o princípio da subsidiariedade, pelo qual o Estado só deve atuar quando o particular não tiver condições de atuar sozinho, hipótese em que deve estimular, ajudar, subsidiar a iniciativa privada.

Talvez em matéria de bens públicos é que se encontra alguma coisa de peculiar ao direito brasileiro, quer na classificação tripartite dos bens, quer nos institutos ligados à regularização das terras públicas, como os conceitos de terras devolutas, de legitimação

Administração Pública, o controle interno, o judicial e o legislativo.

A consequência é que a evolução do direito administrativo depende, em grande parte, de reformas constitucionais, o que conduz a dois caminhos: (a) um, lícito, que é a reforma pelos instrumentos que a própria Constituição prevê; (b) outro, que é feito ao arripio da Constituição, que vai sendo atropelada pelas leis ordinárias, por atos normativos da Administração Pública e, às vezes, sem qualquer previsão normativa; a Administração Pública, com muita frequência, coloca-se na frente do legislador. Daí o desprestígio da Constituição e do princípio da legalidade.

Este é talvez o maior paradoxo: afastamos do direito francês e do sistema da *common law*, quando colocamos a lei como principal fonte do direito. Mas, na prática, colocamos uma distância grande entre o que está na lei e o que se aplica na prática, pelo afã de copiar modelos estrangeiros nem sempre adaptáveis ao direito positivo brasileiro, em especial à Constituição.

O certo é que aquele direito administrativo que está hoje nos manuais (já chamado de direito administrativo tradicional ou conservador) foi estruturado com base em determinados institutos e princípios que constituem ainda hoje objeto de estudo desse ramo do direito e que recebeu influência de diferentes direitos, o que pode ser resumido pela forma a seguir exposta.

Do *direito francês*, herdou o conceito de serviço público, a teoria dos atos administrativos com o atributo da executoriedade, as teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o princípio da legalidade, a teoria dos contratos administrativos, as formas de delegação da execução de serviços públicos, a idéia de que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, e que abrange o binômio autoridade/liberdade.

Do *direito italiano*, recebeu o conceito de mérito, o de autarquia e entidade para-

afastou-se do sistema da *common law*, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada.

Do direito francês, o direito administrativo brasileiro acolheu a idéia de ato administrativo, com o atributo da executoriedade, as sucessivas teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o conceito de serviço público, as prerrogativas da Administração Pública, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade.

Na realidade, a influência da doutrina na formação do direito administrativo brasileiro foi muito grande. O direito positivo previu a unidade de jurisdição e o princípio da legalidade. Mas, pelo trabalho da doutrina, fortemente inspirada no direito europeu continental, os tribunais foram acatando e aplicando teorias e princípios não consagrados no direito positivo, senão em fase bem mais adiantada da evolução do direito administrativo brasileiro. Veja-se, por exemplo, que, em termos de contratos administrativos, de teoria dos atos administrativos, seus vícios, nulidades, revogação, convalidação, discricionariedade, responsabilidade objetiva do Estado, tivemos todo um regime jurídico construído e elaborado muito antes de sua previsão legal. Muito antes de haver uma lei disciplinando os contratos administrativos (o que só foi feito de forma mais completa pelo Decreto-lei n. 2.300, de 1986), nós já aplicávamos tudo o que hoje está no direito positivo.

Se for analisada a fundo a evolução do direito administrativo brasileiro, poder-se-á caminhar no seguinte sentido: trabalho da doutrina (fortemente inspirada no direito francês), acolhido pela jurisprudência e consagrado no direito positivo. Doutrina, jurisprudência e direito positivo. Esse foi o sentido da evolução.

Quanto ao princípio da legalidade, embora adotando o sistema de jurisdição unitária próprio da *common law*, o direito brasileiro

significa a ampliação do controle judicial que deverá abranger não só a validade dos atos administrativos diante da lei, mas também perante o Direito, no sentido assinalado.

Vale dizer que, hoje, o princípio da legalidade tem uma abrangência muito maior porque exige submissão ao *Direito*.

4.2 O princípio da participação popular

Inerente também ao conceito de Estado Democrático é a idéia de *participação do cidadão* na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa idéia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito — permitindo falar em democracia participativa — como também com a previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXX), o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), sem falar em inúmeras normas contidas na legislação ordinária prevendo também essa participação, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo.

A idéia é reforçada com a introdução do § 3º ao art. 37 da Constituição pela Emenda Constitucional 19/1998, que prevê lei que discipline as formas de participação do usuário na administração direta e indireta.

Intimamente relacionada com a idéia de participação ocorreu a *processualização do direito administrativo*, especialmente com a exigência constitucional do devido processo legal, que exige, entre outras coisas, a observância de formalidades essenciais à proteção dos direitos individuais, como a ampla defesa, o contraditório, o direito de recorrer, a publicidade.

cípio da legalidade ampliou-se para abranger os atos normativos baixados pelo Poder Executivo, com força de lei, e estendeu-se a todo o âmbito de atuação administrativa. O princípio da legalidade passou a significar que a Administração só pode fazer o que a lei permite (princípio da vinculação positiva).

Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do *Estado Democrático de Direito*.

Duas idéias são inerentes a esse tipo de Estado: *uma concepção mais ampla do princípio da legalidade* e a *idéia de participação do cidadão* na gestão e no controle da Administração Pública.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.

Nesse sentido, o art. 20, § 3º, da Lei Fundamental da Alemanha, de 8.5.1949, estabelece que “o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito”. Idéias semelhantes foram inseridas nas Constituições espanhola e portuguesa.

No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo, não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do Preâmbulo da Constituição, rico na menção a valores, como segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os arts. 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da prevalência dos direitos humanos, o da moralidade, publicidade, impessoalidade, economicidade, dentre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contraria será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que

neoliberalismo e da globalização, do sistema da *common law* e do direito comunitário, que levaram à chamada Reforma do Estado, na qual se insere a Reforma da Administração Pública e, em consequência, a introdução de novidades no âmbito do direito administrativo. Não se pode deixar de mencionar a influência de princípios da ciência econômica e da ciência da administração no direito administrativo, com duas consequências: de um lado, a formação do chamado *direito administrativo econômico* (em relação ao qual o direito administrativo tradicional é chamado, pejorativamente, de conservador ou, mesmo ultrapassado) e, de outro lado, a preocupação com princípios técnicos, mais próprios da ciência da administração, significando um retorno a uma fase anterior em que já houve a confusão entre os institutos e princípios jurídicos, próprios do direito, e os aspectos puramente técnicos, mais ligados à ciência da administração.

4.1 Alterações no princípio da legalidade

Desde que formulado, o princípio da legalidade passou por toda uma evolução, que não é oportuno examinar em profundidade neste trabalho. Apenas fazemos remissão ao que foi analisado no livro *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988* (2ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, pp. 17-65).

A partir da Constituição de 1891 instaurou-se o Estado Liberal de Direito preocupado com as liberdades do cidadão. Em decorrência dessa preocupação, o princípio da legalidade tinha sentido restrito: a Administração pode fazer tudo o que a lei não proíbe (era o princípio da vinculação negativa, que praticamente se identifica com o princípio da autonomia da vontade).

A partir da Constituição de 1934 pôde-se falar em Estado Social de Direito, um Estado prestador de serviços, que foi ampliando a sua atuação para abranger as áreas econômica e social, com o consequente fortalecimento do Poder Executivo. O prin-

de posse e o processo de discriminação; quer nos conceitos de terras indígenas, terrenos reservados, terrenos de marinha.

Também é inegável que a legislação portuguesa sobre terras públicas, especialmente sobre sesmarias e concessão, influenciou grandemente o direito brasileiro.

Outra coisa que se fez no Brasil e também em outros países, foi passar para o direito positivo grande parte dos institutos trazidos do direito francês, como a matéria dos contratos, com todas as teorias do fato do príncipe e da imprevisão; e, mais recentemente, a teoria dos atos administrativos, em parte positivada pela lei que disciplina os processos administrativos na órbita federal. Por outras palavras, enquanto, no direito francês, o direito administrativo era de formação pretoriana, jurisprudencial, adaptável de forma mais flexível ao interesse público sempre cambiante, pelo trabalho criativo da jurisdição administrativa, no Brasil essas mesmas teorias e princípios foram incorporados ao direito positivo.

Além de passar para o direito positivo, às vezes para a própria Constituição, determinados institutos do direito administrativo, ainda se fez legislação que, pelo excesso de formalismo, contribuiu para emperrar o funcionamento da Administração Pública; tal ocorreu especialmente em matéria de licitação e contrato, de regime jurídico do servidor público, de controle administrativo e financeiro, de administração indireta, pois a estas se atribuiu regime jurídico praticamente igual ao das entidades públicas, tirando muito de sua flexibilidade e da sua própria razão de existir.

4. Principais inovações no direito administrativo: ainda a influência do direito estrangeiro

As principais inovações foram introduzidas após a Constituição de 1988, seja com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob inspiração do

4.3 Alterações na idéia de discricionariedade

A discricionariedade pode ser definida como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito (cf. Di Pietro, ob. cit., p. 67).

O conceito de discricionariedade não permaneceu estático no tempo. Sua evolução acompanhou a evolução do princípio da legalidade, conforme expusemos na obra citada. Quanto mais se amplia o conceito de legalidade, mais se reduz a discricionariedade administrativa.

No período do Estado Liberal de Direito, a legalidade somente se aplicava a uma esfera restrita de atuação administrativa, naquilo que dissesse respeito às restrições aos direitos individuais; em tudo o mais, a Administração Pública era livre para agir; ela dispunha de ampla margem de discricionariedade. Nesse período, a legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representa a vontade geral do povo.

Com o Estado Social de Direito, houve um fortalecimento do Poder Executivo, com a outorga de novas funções na área social e econômica e, paralelamente, com a atribuição de competência normativa, envolvendo a possibilidade de editar normas com força de lei (medidas provisórias, regulamentos autônomos, decretos-leis, leis delegadas ou outras modalidades). Conforme visto no item anterior, o princípio da legalidade ampliou-se para abranger as leis e os atos normativos baixados no âmbito do Poder Executivo. Além disso, passou a abranger toda a esfera de atuação da Administração Pública, dando origem ao postulado segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Com o Estado Democrático de Direito, conforme assinalado, a legalidade passou a

significar a sujeição ao Direito (lei, valores, princípios).

Além disso, verifica-se nova ampliação da função normativa, agora não do Poder Executivo, encarnado pelo Presidente da República, mas da Administração Pública, com a chamada função reguladora exercida pelas agências.

Hoje, pode-se dizer que existem duas tendências opostas, revelando mais um paradoxo do direito administrativo:

a) de um lado, os neoliberais, sob inspiração do direito estrangeiro, propugnam pela ampliação da discricionariedade: a idéia de substituir a Administração burocrática pela Administração gerencial depende, em grande parte, do reconhecimento de maior liberdade decisória aos dirigentes; por isso se diz que o direito administrativo atrapalha as reformas, porque ele se apóia no princípio da legalidade, que exige lei para dar fundamento a decisões administrativas; o princípio da legalidade também "atrapalha" a função normativa das agências reguladoras;

b) de outro lado, há a tendência também bastante forte dos chamados "conservadores", calcada no direito positivo e na Constituição, que defende maiores limites à discricionariedade administrativa, exatamente pelo fato de que a sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição. Hoje a discricionariedade é limitada por princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, sem mencionar os valores inseridos nos arts. 1º e 4º da Constituição. A tal ponto vai a importância dos princípios, que a sua inobservância caracteriza ato de improbidade definido no art. 11 da Lei n. 8.429, de 25.2.1993. São princípios e valores que devem ser observados pelo legislador e pela autoridade administrativa e que, em consequência, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, seja para decretar a inconstitucionalidade de atos administrativos, seja para decretar a inconstitucionalidade de leis, valores, princípios.

validade de leis, seja para declarar a nulidade de atos administrativos.

Essa mesma dualidade de tendências verifica-se com relação à chamada *discricionariedade técnica*: os da primeira corrente defendem a impossibilidade de apreciação judicial, exatamente por envolver aspecto técnico que compete à Administração Pública definir; os da segunda corrente defendem, com razão, a possibilidade de apreciação judicial, já que não se trata de verdadeira discricionariedade; se é técnica, pode levar a uma solução única com o auxílio de peritos. Onde não existe possibilidade de opção para a Administração Pública entre duas ou mais soluções válidas perante o direito, não se pode falar em discricionariedade. Em consequência, a apreciação judicial é sempre possível.

4.4 Alterações no conceito de serviço público

O serviço público é uma das atividades administrativas do Estado, podendo ser definido como a atividade material, concreta, que a lei outorga ao Estado, para atender a necessidades coletivas, sob um regime jurídico total ou parcialmente público.

No conceito existem três elementos: (a) o *subjeto*, que corresponde à idéia de que o serviço público é atribuído, por lei, ao Estado; este decide sobre a forma de gestão, direta ou indireta, que vai adotar; (b) o elemento *objeto*, que corresponde à prestação de atividades que atende a necessidades coletivas; (c) o *formal*, que diz respeito ao regime jurídico, que é total ou parcialmente público. É parcialmente público quando o serviço é prestado por pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos, parceiros privados), que se regem por normas semelhantes às das empresas privadas, mas que se submetem ao direito público no que diz respeito aos princípios, como os da

universalidade, continuidade, isonomia entre usuários etc., bem como à responsabilidade civil (regida pelo art. 37, § 6º, da Constituição) e ao regime jurídico aplicável aos bens afetados à prestação do serviço.

Segundo boa parte da doutrina, estariam passando por uma crise na noção de serviço público. Na realidade, o conceito não está sendo alterado; o que existe é uma pressão no sentido de diminuir o rol de serviços públicos ou mesmo acabar com esse tipo de atividade, especialmente quanto às de natureza econômica.

No seio da União Européia (como também no direito brasileiro, conforme art. 170 da Constituição) adota-se como postulados da ordem econômica a liberdade de iniciativa e a livre competição. Em decorrência disso, a Corte de Justiça da União Européia entende que a idéia de que existam serviços públicos exclusivos do Estado é contrária à idéia de livre iniciativa; e a idéia de que serviços públicos possam ser prestados por empresas estatais contraria a livre concorrência.

Daí ter-se adotado e imposto aos países membros a substituição do conceito de serviço público por *serviço de interesse econômico geral*. A consequência foi a privatização de empresas estatais, a privatização de serviços públicos (não da forma de gestão, mas das atividades, que passaram a ser consideradas de natureza privada), com a devolução das mesmas à livre iniciativa, a liberação de preços etc.

No direito francês, onde nasceu e se desenvolveu o conceito de serviço público, houve séria oposição a essa mudança; porém, adotou-se o conceito de serviço de interesse econômico geral para as atividades econômicas exercidas pelo Estado, mas manteve-se o conceito de serviço público para as atividades sociais do Estado.

A consequência de privatizar uma atividade, colocando-a na livre iniciativa é que o particular não tem o *dever* de prestá-la; quando o direito francês elaborou o conceito de serviço público foi exatamente pela idéia

de que somente o Estado tem o dever de assumir atividades essenciais, ainda que com prejuízo ou inteiramente às custas do dinheiro público. Além disso, sendo o serviço prestado pelo particular, como atividade privada, não se aplicam princípios como os da continuidade, universalidade, isonomia e outros inerentes à prestação de serviços públicos. Daí a Corte Européia ter retrocedido um pouco e passado a permitir, em determinadas atividades econômicas consideradas essenciais (como telecomunicações, energia elétrica e outras) a imposição de obrigações de serviço público.

No direito brasileiro, a doutrina adepta do neoliberalismo força a adoção das mesmas inovações, mas a dificuldade é grande porque é a própria Constituição que prevê expressamente a competência exclusiva do Estado para a execução de várias atividades, como ocorre no art. 21, XI e XII.

O que vem ocorrendo é uma privatização parcial, feita pela legislação ordinária, ao arripio da Constituição, como na legislação de telecomunicações, energia elétrica, correios, portos.

4.5 Outra inovação: movimento de agencificação e introdução da atividade de regulação

Paralelamente à privatização de empresas estatais, surgiu o movimento já chamado de agencificação, com a criação de agências reguladoras com a natureza de autarquias de regime especial, a que a lei atribui função de regulação. Segundo alguns, como Marçal Justen Filho, trata-se de mais uma função administrativa, ao lado das quatro tradicionais: serviço público, polícia administrativa, fomento e intervenção.

Aqui se nota a influência do sistema da *common law*.

Nos Estados Unidos, a Administração Pública é composta por *agências* com função *quase legislativa* e *quase judicial*. E o direito

administrativo é o conjunto de normas postas pelas agências.

A função é *quase legislativa* porque as agências recebem, por lei, quando criadas, o poder de baixar normas com força obrigatória. Mas a função é *quase legislativa*, porque as normas das agências estão colocadas abaixo das leis na escala hierárquica, podendo ser invalidadas por decisão judicial, quando contrariam as leis, seja por infringência dos *standards*, princípios, diretrizes contidos na lei (princípio do devido processo legal substantivo), seja por inobservância do processo de elaboração das normas, em que a participação do cidadão constitui exigência obrigatória em várias fases.

Função *quase judicial*, porque as agências resolvem conflitos entre prestadores de serviço entre si ou com os usuários. E suas decisões são passíveis de apreciação judicial.

Conforme mencionada no item 2, a justificativa para a delegação de função normativa às agências baseou-se em verdadeiro tripé construído pela Corte Suprema:

a) a lei delega essa função à agência, mas o faz limitadamente, na medida em que os regulamentos por elas baixados devem obedecer aos conceitos indeterminados contidos na lei; quer dizer que se adotou o sistema da chamada lei-quadro; os regulamentos baixados pelas agências são obrigatórios, têm força de lei e podem inovar na ordem jurídica; mas têm que sujeitar-se aos *standards* contidos na lei; daí falar-se em função quase-legislativa;

b) para dar legitimidade a essa função, instituiu-se um procedimento a ser obrigatoriamente observado, seja nas decisões dos casos concretos, seja na elaboração dos regulamentos; e esse procedimento exige obrigatoriamente a participação dos interessados, em maior ou menor escala, nas várias fases de elaboração da norma, com obrigatoriedade de divulgação dos projetos, realização de audiências públicas, recebimento de sugestões, obrigatoriedade de motivação quanto à aceitação ou não dessas sugestões,

obrigatoriedade de motivação quanto à aceitação ou não dessas sugestões pela agência; vale dizer, impôs-se o devido processo legal, em sua feição adjetiva, para elaboração dos regulamentos pelas agências;

c) para aperfeiçoar o controle judicial, construiu-se a doutrina do *devido processo legal substantivo*, que permite ao Judiciário examinar, além da observância do procedimento pela agência, também a razoabilidade de suas decisões diante dos conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei; quer dizer que a evolução do princípio do devido processo legal deu-se no sentido de tornar cada vez mais rigoroso o formalismo do procedimento, com exigências feitas pela Corte Suprema quanto à motivação, à racionalidade das decisões diante dos dados colhidos pelas agências, à relação custo-benefício das medidas e normas adotadas.

Mesmo no direito europeu, onde se adota o nome de *autoridades administrativas independentes*, ao invés de agências (França, Itália, Portugal, Espanha), também se fala de um *direito negociado* como nova forma de regulação jurídica. Ao lado do direito posto pelo Estado (que continua como principal fonte de produção do direito), surge outra forma de regulação, que resulta do consenso dos interessados. E esse direito negociado passa a integrar o ordenamento jurídico, dentro da hierarquia das normas.

No direito brasileiro, o modelo norte-americano construído pelo Judiciário enfrenta algumas dificuldades. A delegação legislativa não encontra fundamento na Constituição, a não ser nas hipóteses expressamente previstas. A participação ou não é prevista para o processo de elaboração de normas pelas agências ou é prevista sem caráter de obrigatoriedade, o que retira grande parte da legitimidade democrática da atuação das agências. E o princípio do devido processo legal em sua feição substantiva é de aplicação recente e muito restrita no direito brasileiro, sem falar nas restrições impostas pelo Supremo Tribunal Federal ao cabimento das ações diretas de inconstitucionalidade

contra atos normativos da Administração Pública.

De qualquer forma, as agências vêm sendo instituídas em grande quantidade e vêm exercendo função reguladora, o que abrange competência normativa (limitada pelo princípio da legalidade), polícia administrativa, resolução de conflitos, embora sem força de coisa julgada.

Essa função normativa das agências reguladoras não constitui propriamente novidade no direito brasileiro, porque desde longa data existem autarquias de regime especial no direito brasileiro, como existem órgãos e entidades autárquicas com esse tipo de função.

4.6 Adoção do princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção de Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do Estado. Ele foi formulado em fins do século XIX e começo do século XX, dentro da Doutrina Social da Igreja, principalmente pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), do Papa Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII, e, mais recentemente, a *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II.

Duas idéias fundamentais são inerentes ao princípio: de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos.

Esse princípio foi adotado na Constituição de 1967, com a regra de que o Estado somente deve exercer atividade econômica para subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficitária. Na Constituição atual, contém-se, em termos um pouco diversos, no art. 173, *caput*, em que está determinado que a atividade econômica só deve ser exercida pelo Estado por motivo de segurança ou interesse coletivo relevante, conforme definido em lei. Embora previsto apenas com relação às atividades econômicas, o princípio vem sendo aplicado com relação aos serviços sociais não exclusivos do Estado.

Da aplicação desse princípio resultam algumas conseqüências: (a) a privatização de empresas estatais, para que as atividades assumidas pelo Estado sejam devolvidas à iniciativa privada; (b) a ampliação da atividade de fomento, seja na área econômica, seja na área social, com o ressurgimento de fórmulas não tão novas, como a concessão de serviços públicos (agora sob nova versão — concessão patrocinada, como uma das formas de parceria público-privada instituída na Lei n. 11.079/2004), o surgimento de novas formas de parceria com a iniciativa privada, como os contratos de gestão com as organizações sociais, os termos de parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP); como conseqüência, há um crescimento considerável do chamado *terceiro setor*, que abrange entidades que ficam a meio caminho entre o público e o privado, por desempenharem atividades de interesse público, muitas delas com incentivos do Estado; nova concepção do interesse público, já que a sua tutela deixa de ser vista como de titularidade do Estado, para ser assumida também pelo particular; diminuição do aparelhamento administrativo do Estado, como conseqüência da diminuição de suas atividades.

4.7 Fuga do direito administrativo

Uma das tendências que se nota atualmente, com relação a inúmeros institutos

tradicionais do direito administrativo, é a de caminhar para uma privatização do próprio regime jurídico a que se submete a Administração Pública, para escapar às normas sobre licitação, contrato administrativo, concurso público e outras normas constitucionais sobre servidores públicos, controles formais, regras sobre orçamento e contabilidade pública.

Evidentemente, a fuga do direito administrativo não pode e não será total. Em primeiro lugar, porque os próprios instrumentos utilizados pela Administração Pública para transferir a gestão de serviços públicos aos particulares são regidos pelo direito administrativo, como ocorre com os contratos de concessão, os contratos de gestão, os convênios, os termos de parceria, tendo de sujeitar-se aos controles da Administração Pública, inclusive do Tribunal de Contas. Em segundo lugar, porque o regime jurídico a que se submete o particular que exerce atividade estatal é híbrido: se é verdade que a entidade atua sob o regime do direito privado, não é menos verdade que são de direito público as normas sobre os bens utilizados na prestação dos serviços, sobre responsabilidade civil perante os usuários, sobre os princípios aplicáveis à prestação do serviço, sobre os poderes exercidos pelo poder público, sobre as prerrogativas públicas outorgadas ao particular. No caso das atividades sujeitas a regulação por agências reguladoras, as normas postas pelas mesmas compõem um direito administrativo de natureza talvez um pouco diversa (pela origem do órgão de que emanam) e que imprimem menos segurança jurídica (porque não sujeitas a qualquer processo de elaboração normativa, seja para sua formulação, seja para sua alteração e revogação) e com a desvantagem de serem baixadas sem a observância do princípio democrático presente no processo previsto constitucionalmente para o Poder Legislativo.

Na realidade, a Administração Pública nunca deixou de aplicar o direito privado em inúmeras hipóteses. No direito brasileiro, por exemplo, ela celebra contratos de direito, cria empresas sujeitas ao regime das

empresas privadas, contrata servidores sob regime da CLLT.

Por isso mesmo, muitos autores, desde longa data, falam na existência de um direito administrativo em sentido amplo, que abrangia o regime jurídico de direito público e o direito privado a que se submete a Administração Pública; e em direito administrativo em sentido estrito, correspondente a um regime jurídico de direito público, derogatório e

exorbitante do direito comum, com restrições e prerrogativas destinadas a garantir, de um lado, a autoridade do poder público e, de outro, respeitar os direitos dos cidadãos.

Por mais que se idealize a fuga do direito administrativo, ela nunca poderá ser integral, porque, mesmo quando se socorre de institutos do direito privado, tais normas são parcialmente derogadas pelo direito público.