

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Coordenadores

DIREITO ADMINISTRATIVO

e seus novos paradigmas

Alexandre Santos de Aragão

Alexandre Wagner Nester

Bernardo Strobel Guimarães

Carlos Ari Sundfeld

Carolina Barros Fidalgo

Cesar A. Guimarães Pereira

Daniel Sarmento

Demian Guedes

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Egon Bockmann Moreira

Fernando Dias Menezes de Almeida

Giampaolo Rossi

Gustavo Binenbojm

Jacintho Arruda Câmara

Juarez Freitas

Luís Roberto Barroso

Marçal Justen Filho

Marcos Juruena Villela Souto

Nina Laporte Bomfim

Odete Medauar

Paulo César Melo da Cunha

Paulo Modesto

Sérgio Guerra

Vitor Rhein Schirato

Esta obra contém os seguintes artigos:

Método jurídico y Derecho Administrativo:
la investigación de conceptos jurídicos elementales
Giampaolo Rossi

A constitucionalização do direito e suas repercussões
no âmbito administrativo
Luís Roberto Barroso

O Direito Administrativo de espetáculo
Marçal Justen Filho

O Direito Administrativo entre os *chips* e os negócios
Carlos Ari Sundfeld

Supremacia do interesse público? As colisões entre
direitos fundamentais e interesses da coletividade
Daniel Sarmento

O sentido da vinculação administrativa
à juridicidade no direito brasileiro
Gustavo Binenbojm

Discrecionalidade administrativa – Limitações da
vinculação legalitária e propostas pós-positivistas
Sérgio Guerra

A presunção de veracidade e o Estado Democrático
de Direito: uma reavaliação que se impõe
Demian Guedes

Releitura da auto-executoriedade como prerrogativa
da Administração Pública
Nina Laporte Bomfim, Carolina Barros Fidalgo

Direito fundamental à boa administração pública
e o reexame dos institutos da autorização
de serviço público, da convalidação e do
"poder de polícia administrativa"
Juarez Freitas

Mecanismos de consenso no Direito Administrativo
Fernando Dias Menezes de Almeida

Administração Pública e Direito do Consumidor
Cesar A. Guimarães Pereira

Administração Pública: do ato ao processo
Odete Medauar

O serviço público e as suas crises
Alexandre Santos de Aragão

A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos
Alexandre Wagner Nester

As agências reguladoras independentes e alguns elementos
da Teoria Geral do Estado
Vitor Rhein Schirato

As fundações estatais de direito privado e o debate sobre
a nova estrutura orgânica da Administração Pública
Paulo Modesto

Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do
procedimento formal à luz do "placar eletrônico"!
Marcos Juruena Villela Souto

O futuro das cláusulas exorbitantes nos
contratos administrativos
Diogo de Figueiredo Moreira Neto

A desapropriação no Estado Democrático de Direito
Egon Bockmann Moreira, Bernardo Strobel Guimarães

Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo
do setor de telecomunicações
Jacintho Arruda Câmara

As atividades comunicadas e o controle do exercício
das liberdades
Paulo César Melo da Cunha

ISBN 978-85-7700-186-6



9 788577 001866

www.editoraforum.com.br

© 2008 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra,
por qualquer meio eletrônico,
inclusive por processos xerográficos,
sem autorização expressa do Editor.

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andar
Funcionários – CEP 30130-007
Belo Horizonte – Minas Gerais
Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br
editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Cida Ribeiro

Bibliotecária: Alessandra Rodrigues da Silva – CRB 2459 – 6ª Região
Capa, projeto gráfico e formatação: Walter Santos

D598 Direito administrativo e seus novos paradigmas / Alexandre Santos de Aragão,
Floriano de Azevedo Marques Neto (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum,
2008.

656 p.

ISBN 978-85-7700-186-6

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. I. Aragão, Alexandre Santos
de. II. Marques Neto, Florianio de Azevedo.

CDD: 342.9

CDU: 35

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira
de Normas Técnicas (ABNT):

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florianio de Azevedo (Coord.). *Direito
administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 656 p. ISBN 978-
85-7700-186-6.

Método
jurídico:
Giampa

1 Cc
2 Ci
3 M
Ce
4 M
Te

A cons
admini

Luís Ro

1 C
2 C
3 A
3.1 C
3.2 A
3.3 A
4 A
5 C
6 C
7 C

O Dire
Marça

1
2
3
3.1
3.2
3.3
3.3.1
3.3.2
3.3.3
4

O Direito Administrativo entre os *clips* e os negócios

Carlos Ari Sundfeld

Sumário: 1 Teoria dos antagonismos - 2 Direito administrativo do *clips* x direito administrativo dos negócios - 3 Esse antagonismo e as desestatizações de gestão - 4 Esse antagonismo na regulação - 5 Conclusão

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 80, hoje artigo de consumo. O operador tornou-se *abstracionista prático*, gerindo as dúvidas do cotidiano (“corta-se a luz do consumidor inadimplente?”) 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.

Crise: este é o nome, agora, também desse direito de princípios. Os males do *excesso* (a principiologia frouxa desamarrando as normas, embaralhando tudo) e do *superficial* (o princípio lugar-comum, pura forma sem substância): nisso vivemos. Vale, então, a nota prévia de saudade: nesses anos, o direito dos princípios subia, subia, todos o amávamos; nos próximos, não será assim. Os administrativistas principiamos a cansar. Novos amores virão.

Explico minha conjectura para apreender o Direito Administrativo. Não é questão conhecer a substância, o núcleo duro, expresso em institutos ou princípios (ou outras variáveis com essa função). O modelo é outro. Mentalizo o Direito Administrativo como um oceano: grandes águas, vagas, marés; eterno balanço e rodopio. Conhecê-lo é entender as constantes de seu movimento, dos fluxos e refluxos, enfim, dos contrários batendo-se e convivendo. *Teoria dos antagonismos* é o nome dessa matriz de análise, que foca no *jogo de oposições* a circundar as leis, as regras, as práticas, os casos, as decisões, os princípios, os institutos.

A teoria dos antagonismos não crê na solução dos casos pela incidência direta de elementos fixos (sejam princípios ou institutos). Os opostos convivem no Direito Administrativo e, para cada caso, armam seus jogos: liberalismo x autoridade, liberdade x política, privatismo x estatismo, publicismo x estatismo, centralização x descentralização, principismo x conseqüencialismo, formalismo x resultados, direito dos administradores x direito da toga, direito de regras x direito de princípios, nacionalismo x mundialismo, burocracia x gestão, direito legal x direito constitucionalizado, direito dos juristas x direito das normas etc. O administrativista deve ser, antes de tudo, detetive de antagonismos; sua função primeira é mapeá-los em cada caso, para o jogo ser jogado com todos em campo.

A perspectiva da teoria dos antagonismos não renega os institutos nem os princípios. A lei constrói figuras, a doutrina as tenta classificar e definir, o operador as testa ao decidir; eis os institutos, um modo inevitável do direito como norma, teoria e prática. Mas há de vê-los como *institutos flexíveis*, compatíveis com o *inclassificável*, o *experimentalismo responsável*, a acomodação dos contrários.

Afora o excesso e a superficialidade, o verdadeiro mal do direito dos princípios não são os próprios, mas a ausência ou demonização do antagonista. Sem conhecer o oposto da *moralidade*, não sei usá-la em Direito Administrativo. Sua contraface não é a imoralidade administrativa, o mal contra o bem. Se a oponho a *legalidade*, moralidade é pauta obrigatória de conduta *independente de lei*. Tais opostos convivem em nosso Direito Administrativo, cada um com seu valor e inconvenientes. Ao optar por um no caso concreto, devo saber o que perco ao descartar o outro; se não, decido às cegas. A cegueira é resultado da ausência do oposto.

2 Direito administrativo do *clips* x direito administrativo dos negócios

Tomo o antagonismo entre *direito administrativo do clips* x *direito administrativo dos negócios*. São duas grandes águas: cores e velocidades diversas; tanto correm juntas como batem, ambas *mare nostrum*.

Direito administrativo do clips (DAC) é o da Administração de papelaria, que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades. Têm sido campos tradicionais desse modelo as atividades estatais de *regulação* (processos administrativos de licenciamento, registros, fiscalizações, aplicação de sanções etc.), além da *gestão financeira, de pessoal* e de *patrimônio* na Administração Direta e autarquias. Por razões variadas, também se encontrará o *DAC* em outros campos não tão naturais, como o das contratações em certas empresas estatais. Embora também exista em versões deturpadas, o *DAC* em si é de família boa: nasceu com e para a *burocracia*, esta forma feliz de substituição do poder personalista, patrimonial.

Ao *DAC* se opõe o *direito administrativo dos negócios (DAN)*, o dos que se focam em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades, é com base nelas gerenciam a escassez de tempo e de recursos. Para esse âmbito, valem práticas opostas às do *DAC*: aumenta a informalidade nos procedimentos; a inação é o pior comportamento possível do agente; soluções devem ser encontradas o mais rápido; acordos são desejáveis; evitar e eliminar custos é fundamental; só se envolvem na decisão agentes e órgãos indispensáveis; riscos devem ser assumidos sempre que boa a relação custo-benefício etc.

Na Administração Pública, o ambiente mais propício ao *DAN* é o dos organismos que disputam mercado (empresas estatais que concorrem com empresas do setor privado) ou que são responsáveis por serviços cuja falta ou deficiência possa levar à convulsão popular imediata (transporte

público, segurança, coleta de lixo) ou a perdas eleitorais (saúde, educação, financiamento agrícola etc.). Também os momentos de crise econômica e política aguda são adequados para elas. Aí, são muito fortes os estímulos para a busca de resultados e, por isso, não funcionam do mesmo modo os mecanismos de autopreservação dos agentes públicos, típicos do DAC. Para fundamentar suas práticas, o discurso do DAN baseia-se em máximas ou figuras como *continuidade do serviço público, ordem pública, eficiência, empresa estatal, parcerias com o setor privado, terceiro setor, direitos sociais, interesse público, emergência, calamidade* etc.

3 Esse antagonismo e as desestatizações de gestão

No campo da gestão financeira e de pessoal, durante o governo FHC (1995 a 2002), as autoridades formularam muitas críticas às regras vigentes, chamando-as de burocráticas e formalistas. Reformas foram feitas para torná-las mais leves: criou-se o *pregão* como modalidade de licitação, uma emenda constitucional (depois julgada inconstitucional por razões formais) autorizou a contratação de *servidores em regime trabalhista* na Administração direta e autarquias, outra diminuiu algo na rigidez da estabilidade do servidor estatutário, instituiu-se o modelo de *agências executivas* etc. Foram tentativas de reforma no interior da própria Administração, para mudar o DAC, ou substituí-lo pelo DAN. Revendo o que se passou com essas soluções, é correto dizer que apenas o *pregão* floresceu; ninguém mais fala de *agências executivas* e o regime de pessoal ficou praticamente onde estava.

Mas há uma tentativa de contornar o DAC financeiro e de pessoal pela via da *desestatização*. As mais notadas — e, por isso, criticadas — foram as *desestatizações de investimento*, envolvendo atividades de cunho econômico, pelos programas de privatização de empresas estatais, de concessão de serviço público e, agora, de parcerias público-privadas, com o objetivo de obter investimentos privados em infra-estrutura. Não é a elas que quero referir-me, e sim às *desestatizações de gestão*, feitas para o *Terceiro Setor*, o *Setor Autônomo* e um semi-oculto *Setor Espelho*.

A desestatização para o *Terceiro Setor* vem sendo promovida às claras desde o governo FHC, e envolve as figuras, modeladas por lei genérica, das Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP); no Estado de São Paulo, desde o governo Covas (a partir de 1995), essas entidades vêm assumindo atividades estatais nas áreas de saúde, cultura e presídios.

Por facilidade, chamo de *Setor Autônomo* ao conjunto de entidades, criadas uma a uma por lei federal a partir de 1942 com a designação de Serviço Social Autônomo, que recebem recursos de contribuições legais, dedicam-se a serviços de natureza social ou ao fomento, e não têm vínculos formais com a Administração Pública (SESC, SESI, SENAI, SENAC, SESCOOP, SENAR, SEST, SENAT, ABDI, APEX-BRASIL e SEBRAE).

Com alguma liberdade, designo como *Setor Espelho* aos entes sob regime privado nascidos como extensões informais de órgãos públicos, autarquias, fundações governamentais e mesmo empresas estatais, em geral sob a justificativa de apoiá-las. Há algumas delas na área de saúde federal, por influência da Fundação Zerbini, criada dentro do Instituto do Coração, este uma unidade da autarquia estadual paulista Hospital das Clínicas. Mas há tantas outras ao lado de universidades, chamadas “fundações de apoio”, inclusive com regulamentação por lei federal (nº 10.973, de 02.12.2004). A lista de entes e de setores é bem mais extensa do que se pode imaginar.

Muito se deveria refletir e discutir, no Brasil, sobre as razões que têm levado a essas *desestatizações de gestão*.

A acusação comum entre juristas é a de que são tentativas grosseiras, bem ou mal intencionadas, de fugir ao regime administrativo construído com luta pela Constituição, pelas leis, pelos tribunais, e que têm de ser combatidas, para evitar o desperdício ou desvio de recursos públicos, bem como a adoção de lamentáveis práticas patrimonialistas. Essa crítica é frágil, por supor adequado o regime jurídico da gestão administrativa hoje consolidado no *DAC*, quando a força do movimento de desestatização de gestão, que dura tantos anos e envolveu tantos governos, está a sugerir que não. O certo é que os órgãos de controle — Tribunais de Contas, Ministério Público e Judiciário — vêm fechando o cerco a esse movimento, para contê-lo ou matá-lo, e os últimos anos têm sido particularmente intensos quanto a isso.

A pergunta que fica é se há possibilidade de melhorar a gestão sem fugir do Direito Administrativo. Para discuti-la, será preciso indagar: de que direito administrativo estamos falando? Não existirá alternativa legítima a esse *direito administrativo do clipe*?

4 Esse antagonismo na regulação

Embora criticado, por suas “vítimas” e por governantes, o *DAC* resiste e cresce, como crescem as *regulações*, sempre impondo novas exigências de

licenciamento. Planos governamentais de desburocratização, de privatização, de substituição da Administração burocrática pela gerencial, parecem incapazes de detê-lo ou mudá-lo significativamente.

Nos últimos tempos, o *licenciamento ambiental* surgiu nas conversas como um grande vilão, culpado até pelo baixo crescimento da economia. O próprio Presidente da República indicou-o, em discursos, como o principal obstáculo das grandes obras federais, para espanto dos ambientalistas, que entenderam o ataque como uma recusa dos compromissos do governo com as causas do setor. A desconfiança é possivelmente exagerada: mais uma vez o que se parece questionar é o modo da Administração (isto é, o *DAC*), não os aspectos substanciais do Direito Ambiental.

Os problemas do *DAC* em matéria de licenciamento têm a ver com seu fato gerador: a substituição da deliberação privada pela estatal, pelo temor de mau uso da liberdade. Ocorre que os agentes e órgãos públicos competentes, além de se arriscarem a punições se decidirem contra as normas (cujo conteúdo é sempre incerto...), nada ganham pela *decisão eficiente*, e acabam desenvolvendo práticas administrativas de autoproteção que formam o núcleo do *DAC*.

Exemplos delas: decidir rapidamente não é importante, ao contrário, pois demora é prudência; pouco importa o custo do processo para o Estado, muito menos para o particular; entre deferir ou indeferir, melhor é não decidir; na dúvida, o pedido deve ser negado; devem se manifestar formalmente nos autos o máximo de agentes e órgãos estatais; ao tomar decisões, não cabe ao agente verificar se a finalidade legal está sendo realizada da melhor forma, mas sim se requisitos objetivos foram atendidos; as normas devem sempre ser interpretadas contra a liberdade; o agente público não pode diminuir os custos do sujeito privado, ao contrário, deve obrigá-lo a gastar para o bem público; o requerente tem o ônus de prova absoluta de que não vai pecar; nenhum risco é aceitável. Essas convenções nem constam de manuais, nem têm defensores teóricos explícitos, mas são adotadas no cotidiano administrativo e conseguem apoio judicial, pela óbvia razão de que os juízes também são agentes públicos e, como os administrativos, carecem de incentivo para agir de outra forma. Há um discurso jurídico elegante para sua justificação no campo da regulação, como o princípio da *supremacia do interesse público* e o da *precaução*.

O que pôs na berlinda o licenciamento ambiental recentemente foi, portanto, menos a profundidade das restrições ambientais do que as características das práticas administrativas, que se amparam no *direito administrativo*

do *clips*. Adiantará bem pouco reformar normas ambientais, se o verdadeiro problema está na matriz jurídico-administrativa.

Para reformá-la, deve-se atentar para certas práticas inovadoras e avaliar seus resultados. Um exemplo é a crescente celebração de TAC (termos de ajustamento de conduta) entre órgãos administrativos e sujeitos acusados de infrações administrativas. Estará essa experiência a sugerir alguma modalidade de *procedimento consensual* para tornar mais ágeis e racionais os licenciamentos ambientais? Quem sabe se autoridades atuando como negociadoras econômico-ambientais, com amplíssimo poder de transigir e metas a cumprir, inclusive de prazo, não serão capazes de obter melhores resultados para o interesse público? Em suma: será boa idéia adotar práticas de *direito administrativo dos negócios* para sair do impasse criado pelo *clips* nos processos ambientais? Que práticas seriam essas e como aplicá-las aqui? Como evitar seu bloqueio por via judicial? Essas são questões para os próximos anos.

5 Conclusão

E o que nos deixa a experiência vivida?

Antes de tudo esta advertência: não se pode ignorar o caráter bipolar do Direito Administrativo, tomando um só pólo como dogma e lançando o outro às feras. A militância em torno da bandeira do direito administrativo do *clips* teve um importante papel, mas depois virou religião monoteísta em guerra santa.

O direito administrativo dos negócios não é invenção recente de mentes deturpadas; mas parte necessária da história e da prática do Direito Administrativo. Talvez estejam nele algumas das soluções para os impasses governamentais recentes e para fazer de nosso ramo o *direito administrativo do desenvolvimento* que tanto se reclama.

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-93. ISBN 978-85-7700-186-6.