

Maria Sylvia Zanella
Di Pietro

DIREITO **ADMINISTRATIVO**

29.^a revista,
atualizada
edição e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.ª edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

1

O DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo, como ramo **autônomo**, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, o que não significa que inexistissem anteriormente normas administrativas, pois onde quer que exista o Estado existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. O que ocorre é que tais normas se enquadravam no *jus civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do direito.

Além disso, o que havia eram normas esparsas relativas principalmente ao funcionamento da Administração Pública, à competência de seus órgãos, aos poderes do Fisco, à utilização, pelo povo, de algumas modalidades de bens públicos, à servidão pública. Não se tinha desse ramo do direito uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe imprimissem autonomia.

A Idade Média não encontrou ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Era a época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados **servos** ou **vassalos** (aqueles que se submetem à vontade de outrem). Nesse período, do chamado Estado de Polícia, assinala Merkl (1980:93) que o direito público se esgota num único preceito jurídico, que estabelece um **direito ilimitado para administrar**, estruturado sobre princípios segundo os quais *quod regi placuit lex est, the king can do no wrong, le roi ne peut mal faire*.

O rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico. Com base nessa ideia é que se formulou a teoria da irresponsabilidade do Estado, que, em alguns sistemas, continuou a ter aplicação mesmo após as conquistas do Estado Moderno em benefício dos direitos individuais.

Não havia Tribunais independentes, uma vez que, em uma primeira fase, o próprio rei decidia os conflitos entre particulares e, em fase posterior, as funções judicantes foram delegadas a um conselho, que ficava, no entanto, subordinado ao soberano.

No entanto, apontam-se algumas obras de glosadores da Idade Média, principalmente dos séculos XIII e XIV, nas quais se encontra o germe dos atuais direitos constitucional, administrativo e fiscal. Indica-se a obra de Andrea Bonello (1190 a 1275 d.C.), dedicada ao estudo dos três últimos livros do Código Justiniano, que tinham sido deixados de lado, porque dedicados a estruturas fiscais e administrativas de um império que já não existia. Outro texto sobre o qual trabalharam os juristas, na época, foi o *Liber Constitutionis*, publicado pelo parlamento de Melfi em 1231. No século XIV, a obra de Bartolo de Sassoferrato (1313-57) lança as bases da teoria do Estado Moderno (cf. Mario G. Losano, 1979:55).

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de **Estado de Direito**, estruturado sobre o **princípio da legalidade** (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o **princípio da separação de poderes**, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Daí a afirmação de que o Direito Administrativo nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média. “Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções” (cf. O. A. Bandeira de Mello, 1979, v. 1:52).

Alguns vão ao ponto de afirmar que o Direito Administrativo é produto exclusivo da situação gerada pela Revolução Francesa, só existindo nos países que adotaram os princípios por ela defendidos. Onde não houve a mesma luta que convergiu para a mudança brusca de regime, não existe Direito Administrativo. É o que expõe Mario G. Losano (1979:68), quando, citando tese defendida, na França, por Hauriou, na Suíça, por Fleiner, e na Itália, por Zanobini, afirma que ela “foi reconsolidada pela constatação de que o direito inglês – não tendo sofrido o nítido corte gerado pela Revolução Francesa entre mundo feudal e mundo burguês – não conhece um Direito Administrativo, tal como não conhece direitos imobiliários (ou reais) encerrados em categorias taxativas determinadas”. Com isso, deve concluir-se que “o Direito Administrativo é um produto da Europa continental pós-revolucionária, o que impede a generalização de conceitos para além destes limites de espaço e de tempo. Na realidade, ele apresenta-se como o direito que o Estado burguês utiliza para se defender tanto contra a classe derrubada como contra a que, utilizada como aliada no decurso da revolução, é reprimida depois da tomada do poder”.

Não se afigura verdadeira a tese de que o Direito Administrativo só exista nos sistemas europeus formados com base nos princípios revolucionários

do século XVIII. O que é verdadeiro é o fato de que nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram pela mesma forma o seu poder; em consequência, o Direito Administrativo teve origem diversa e desenvolvimento menor em alguns sistemas, como o anglo-americano. Mesmo dentro dos “direitos” filiados ao referido sistema europeu existem diferenças que vale a pena assinalar, uma vez que, quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado.

Na realidade, o **conteúdo do Direito Administrativo** varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado. No chamado Estado de Polícia, em que a finalidade é apenas a de assegurar a ordem pública, o objeto do Direito Administrativo é bem menos amplo, porque menor é a interferência estatal no domínio da atividade privada. O Estado do Bem-estar é um Estado mais atuante; ele não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo. Nesse caso, o Direito Administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O próprio conceito de serviço público amplia-se, pois o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares. Além disso, a substituição do Estado liberal, baseado na liberdade de iniciativa, pelo Estado-Providência ampliou, em muito, a atuação estatal no domínio econômico, criando novos instrumentos de ação do poder público, quer para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada, com base no poder de polícia do Estado, quer para exercer atividade econômica, diretamente, na qualidade de empresário. Também sob esse aspecto, ampliou-se o conteúdo do Direito Administrativo, a ponto de já se começar a falar em novo ramo que a partir daí vai-se formando – o **direito econômico** – baseado em normas parcialmente públicas e parcialmente privadas.

Neste capítulo, o que se pretende mostrar, em primeiro lugar, são os fundamentos constitucionais e filosóficos do Direito Administrativo. A seguir, será analisada a contribuição do direito francês, do direito alemão e do direito italiano para a formação do Direito Administrativo como ramo autônomo. A orientação seguida pelos três “direitos” foi diversa: o primeiro, que praticamente deu origem ao Direito Administrativo, formou, no início, a chamada escola legalista ou exegetica, porque o estruturou quase inteiramente a partir da interpretação de textos legais, levada a efeito pelos Tribunais Administrativos; o segundo, embora influenciado pelo direito francês, deu os primeiros passos no sentido da elaboração científica do Direito Administrativo; e o terceiro, seguindo um pouco de cada tendência – a exegetica e a científica – trouxe inegável contribuição para a elaboração sistemática do Direito Administrativo. Os três fazem parte do sistema de base romanística, assim chamado porque proveio dos estudos do direito romano, realizados, a partir do século XII, nas universidades dos países latinos e dos países germânicos, dentre as quais se destaca a Universidade de Bolonha, na Itália. Esse sistema tinha por objetivo criar um direito comum (*jus commune*) para a Europa continental, porém respeitando a diversidade dos povos que a integram. Embora idealizado para a Europa, expandiu-se para fora

dela, por conta da colonização ou por recepção voluntária. Abrange a maior parte dos países da Europa ocidental: Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Alemanha, Áustria, Suíça, Bélgica, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Noruega, Escócia; fora da Europa, abrange os países que foram colonizados por países da Europa continental: América Latina, Luisiana (nos Estados Unidos), Quebec (no Canadá francês), países africanos colonizados pela França, pela Bélgica ou por Portugal, bem como a África do Sul.

A ideia de direito comum caiu por terra com o desenvolvimento da Escola do Direito Natural, nos séculos XVII e XVIII, que inspirou as codificações e levou ao positivismo interno de cada país. O objetivo de criar um direito comum europeu só ressurgiu no século XX, com a formação da União Europeia e, em consequência, do direito comunitário europeu, no qual se verifica um encontro entre os sistemas romanístico e do *common law*.

Também se fará rápida análise do Direito Administrativo anglo-americano, inserido no sistema do *common law*, que se caracteriza por ser essencialmente um direito feito pelo juiz; nesse sistema, a jurisprudência é a principal fonte do direito. O sistema do *common law* é adotado na Grã-Bretanha (com ressalva para a Escócia, que permaneceu no sistema de base romanística), nos Estados Unidos, no Canadá (com exceção de Quebec), na Austrália, Nova Zelândia, Jamaica, alguns países africanos, Índia, Birmânia, Malásia. Seu estudo, neste capítulo, tem como objetivo demonstrar a diversidade de sua formação e o seu menor desenvolvimento quando comparado com o sistema de base romanística.

Não se poderia deixar de dedicar um parágrafo ao Direito Administrativo brasileiro que, seguindo a orientação dos demais países da América Latina, adotou o sistema europeu-continental, porém também sofreu influência do sistema do *common law* e, mais recentemente, do direito comunitário europeu. Um item será dedicado ao exame da influência do direito estrangeiro na formação e evolução do Direito Administrativo brasileiro.

Também será dedicado um item apontando as principais transformações do Direito Administrativo.

O capítulo se encerrará com itens sobre o objeto, as fontes e o conceito do Direito Administrativo.

1.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Na doutrina administrativista brasileira, alguns autores mais recentes defendem a origem autoritária do Direito Administrativo, que teria nascido para proteger os interesses econômicos e políticos da burguesia. A divergência surgiu em razão das críticas ao princípio da supremacia do interesse público, que também teria conteúdo autoritário. Nessa linha de pensamento, inserem-se, dentre outros, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Daniel Sarmiento, todos com textos publicados em obra

organizada pelo último, sob o título de *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.

Também é o pensamento de Marçal Justen Filho (2008:67), para quem “a organização do aparato administrativo do Estado se modela pelas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. Mais do que isso, predomina a influência do pensamento de Hauriou muito mais intensamente do que a visão de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado às concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo”.

Falando sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, Marçal Justen Filho acrescenta que “[...] a evolução recente importou alterações radicais nas instituições e nas concepções vigentes. A função e o conteúdo da Constituição foram impregnados por princípios e valores democráticos, o que se afirma com ainda grande relevância no Brasil – cuja vivência democrática é muito limitada. Todas essas modificações não ingressaram integralmente no Direito Administrativo. O conteúdo e as interpretações do Direito Administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do Direito Administrativo, é, na sua essência, o mesmo de um século atrás”.

Uma das grandes razões que deram nascimento à tese do autoritarismo do Direito Administrativo é, provavelmente, a teoria da *puissance publique*, elaborada no século XIX e defendida, entre outros, por Batbie, Ducroq, Louis-Edouard Laferrière, León Aucoc, Berthlémy. Sistematizada por Maurice Hauriou (1927:133), essa teoria, ao procurar o critério definidor do Direito Administrativo, apontou a existência de *prerrogativas* e *privilégios* do Estado diante do particular, criando uma posição de verticalidade ou de desigualdade entre Administração Pública e cidadão.

Outro fator relevante, apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2013:44), foi a própria definição inicial do Direito Administrativo como derogatório e exorbitante do direito comum. Diz o autor que “talvez a razão primordial desta forma errônea de encarar o Direito Administrativo resida no fato de que este, ao surgir, foi encarado como um direito ‘excepcional’, que discrepava do ‘direito comum’, isto é, do direito privado, o qual, até então, era, com ressalva do Direito Penal, o único que se conhecia. Com efeito, o Direito Administrativo tal como foi sendo elaborado, pressupõe a existência, em prol do Estado, de prerrogativas inexistentes nas relações entre os particulares, as quais, então, foram nominadas de ‘exorbitantes’, isto é, que exorbitavam dos direitos e faculdades que se reconheciam aos particulares em suas recíprocas relações”.

Em outra oportunidade, já analisei o tema (2012:10-11) afirmando que, paradoxalmente, o Estado de Direito, preocupado embora com a liberdade do cidadão

e a igualdade de todos perante o Direito, trouxe em seu bojo o Direito Administrativo, como ramo autônomo, composto por normas de direito público, aplicáveis à Administração Pública e que, derogando o direito comum, a ela reconhece uma série de prerrogativas e privilégios de que o particular não dispõe. E lembramos a lição de Massimo Severo Giannini (1970:28), para quem a existência de Estados com *Direito Administrativo* é o resultado de uma síntese de pensamentos contrastantes e de experiências político-jurídicas oriundos de todas as partes da Europa. O Estado com Direito Administrativo recebe, do *direito inglês*, o princípio constitucional da divisão de poderes e a ideia de não arbítrio do poder público, que coloca como princípio o primado da função normativa e do qual deriva o princípio da legalidade da ação administrativa; do *pensamento político-jurídico comum*, nasce o princípio constitucional do absolutismo da jurisdição, do qual deriva o reconhecimento de situações jurídicas subjetivas tuteláveis perante o juiz, criando-se a categoria dos direitos subjetivos de conteúdo público; da *estrutura estatal do absolutismo iluminado* recebe a ideia de legislação pública especial para regular a atividade da administração pública, transformando os poderes absolutos da coroa em poderes do Estado regulados pela lei.

Na realidade, o caráter pretensamente autoritário do Direito Administrativo foi abrandado pelos princípios vigentes no Estado liberal, uma vez que a autoridade era limitada pelo reconhecimento de direitos individuais garantidos pelo Poder Judiciário ou por uma jurisdição administrativa independente do Poder Executivo.

O Direito Administrativo, desde as origens, caracterizou-se pelo binômio *prerrogativas* (que protegem a autoridade) e *sujeições* (que protegem os direitos individuais perante os excessos do poder); e esse é um dos grandes paradoxos do Direito Administrativo como ramo do direito caracterizado fundamentalmente pelo referido binômio. Não há justificativa para que esse binômio seja visto de um lado só.

Pode ter havido períodos da evolução do Direito Administrativo, em que a balança pende do lado das prerrogativas e, portanto, do autoritarismo. No primeiro período, da *justice retenue* (justiça retida), em que o contencioso administrativo esteve vinculado ao imperador (fase do administrador juiz) prevaleceu o caráter autoritário das normas que disciplinavam a atuação administrativa, fortemente centralizada; a última palavra sobre as manifestações do contencioso administrativo era do imperador. Com a instauração do Estado de Direito, pende-se para o lado oposto, ou seja, para a proteção das liberdades individuais; o que mais contribuiu para isso foi a atribuição de função jurisdicional propriamente dita, desvinculada do Poder Executivo, aos órgãos do contencioso administrativo. Abandonou-se a fase da *justice retenue* e entrou-se na fase da *justice déléguée* (justiça delegada), quando a decisão proferida pelo juiz passa a ser definitiva. Nesse período, dentro do binômio *direitos individuais e prerrogativas públicas*, preocupava-se especialmente com o primeiro aspecto.

Foi, portanto, o Direito Administrativo elaborado sob a base de alguns princípios fundamentais do constitucionalismo também incipiente, dentre os quais ressaltam, por sua importância, o da separação de poderes e o da legalidade. Um e outro tinham por objetivo assegurar a liberdade do cidadão diante das prerrogativas do poder público. Segundo José Eduardo Faria (1988:40), “equilíbrio entre poderes e representação política, certeza jurídica e garantia dos direitos individuais, constitucionalidade e legalidade, hierarquia das leis e distinção entre atos de império e atos de gestão, autonomia da vontade e liberdade contratual – eis alguns dos princípios básicos em torno dos quais o Estado liberal se desenvolveu”. Foi sob a égide desses postulados que evoluiu o Direito Administrativo nesse período.

Importante, quanto ao tema, é o pensamento de Miguel Reale, em trabalho sobre *Nova fase do direito moderno* (1990:79-82), em que o autor demonstra que tanto o direito constitucional como o administrativo são filhos da Revolução Francesa. Observa o autor que “nesta, com efeito, surgem as condições históricas e os pressupostos teóricos indispensáveis ao estudo da administração pública segundo categorias jurídicas próprias, a começar pela afirmação dos direitos do cidadão perante o Estado; o princípio da responsabilidade dos agentes públicos por seus atos arbitrários, e o livre acesso de todos às funções administrativas”. Acrescenta o autor que, “sem a subordinação do Estado ao império da lei e da jurisdição não teria sido possível o tratamento autônomo e sistemático do Direito Administrativo”.

Miguel Reale parece reconhecer o caráter autoritário da origem do Direito Administrativo, mas realça que é necessário separar o aspecto político do jurídico. Ele lembra observação feita por Massimo Severo Giannini (em trabalho sobre *Diritto amministrativo*, publicado na *Enciclopedia del Diritto*, t. 12, p. 862) de que o advento dessa nova disciplina “foi visto por historiadores, como Salvemini e Lefèvre, ‘como um instrumento mediante o qual a burguesia, conquistando o poder graças à Revolução, tende a conservá-lo, por um lado, contra as classes privilegiadas destituídas de seus antigos poderes, e, por outro lado, contra as classes subalternas, donde um Direito privilegiado do Estado, por ser este, na realidade, instrumento exclusivo dos detentores do poder político”. Lembra ainda Miguel Reale que: “Giannini não diverge dessa visão histórica no plano político, mas, sob o prisma jurídico, faz uma ressalva que me parece relevante, assinalando que, não obstante sua origem autoritária e centralizadora inspirada nos propósitos políticos dos Termidorianos, empenhados em prevenir e reprimir desordens sociais, para a manutenção da ordem pública e da paz social, o *Direito Administrativo redundava em respeito à liberdade pregada pela Revolução na medida em que eram reconhecidos limites à autoridade estatal, sujeita a controle jurisdicional*” (grifamos).

A conclusão de Reale é a de que: “O Direito Administrativo, embora vinculado originariamente a interesses políticos e econômicos burgueses, transcendia esses objetivos, representando, desde o início, uma das vertentes realizadoras do Estado de Direito de cunho liberal.”

Na realidade, pode-se afirmar que, qualquer que tenha sido o intuito inicial da criação do Direito Administrativo, o fato é que, sob o ponto de vista jurídico, ele nasceu junto com o constitucionalismo e com o Estado de Direito, não tendo como furtar-se à influência dos ideais filosóficos que inspiraram a Revolução Francesa (representados especialmente pelas figuras de Rousseau e de Montesquieu) e deram nascimento aos princípios da separação de poderes, da isonomia, da legalidade e do controle judicial.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013:47), “o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica. Antes disso, nas relações entre o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da sociedade, então súditos – e não cidadãos –, vigoravam ideias que bem se sintetizam em certas máximas clássicas, de todas conhecidas, quais as de que *quod principi placuit leges habet vigorem*: ‘o que agrada ao príncipe tem vigor de lei’. Ou, ainda: ‘o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação’; ou, mesmo: ‘o rei não pode errar’. O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas, que eram juridicamente aceitas. Ao firmar a submissão do Estado, isto é, do Poder, ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim, o Direito Administrativo, este último veio trazer, em antítese ao período histórico precedente – o do Estado de Polícia –, justamente a disciplina do Poder, sua contenção e a inauguração dos direitos dos, já agora, administrados – não mais súditos”.

Com efeito, o Direito Administrativo incorporou o princípio da legalidade e, do outro lado da moeda, o princípio da justicialidade. Se incorporou também o princípio do interesse público é porque ao Estado incumbe a defesa dos interesses da coletividade.

E talvez nunca se tenha vivido outro período da evolução do Direito Administrativo em que se defende de forma tão efetiva a proteção dos direitos individuais como o atual. O Direito Administrativo se constitucionalizou, se humanizou, se democratizou. Este, desde as origens, encontrou fundamento no Estado de Direito e acompanhou a sua evolução nas várias fases (Liberal, Social e Democrática). Mais recentemente, a ligação com os princípios do Estado de Direito ainda mais se acentuou com a constitucionalização do Direito Administrativo, referida no item 1.8 sobre as transformações do Direito Administrativo.

Por essas razões, não é possível concordar com os autores que apontam a origem autoritária do Direito Administrativo, negam a sua constitucionalização e afirmam a sua imutabilidade no decurso do tempo. Não há dúvida de que a doutrina e, em grande parte, a jurisprudência, muito avançaram e continuam avançando, no que diz respeito à constitucionalização do Direito Administrativo. O Direito Administrativo vem passando por profundas modificações, das quais se realça precisamente a sua constitucionalização, hoje tratada e defendida pela doutrina e aplicada pela jurisprudência, com reflexos sensíveis sobre a legalidade, a discricionariedade ad-

ministrativa e o controle judicial. O conteúdo do Direito Administrativo ampliou-se consideravelmente, não só no direito brasileiro, mas também no direito europeu, levando Jacqueline Morand-Deville (2013:11) a afirmar que “as mutações do fim do século XX foram descritas pelos administrativistas como um período de pós-modernismo. O século XXI conhece já um *pós-pós-modernismo* cujas características seriam, em reação contra os excessos do período precedente, uma nova aproximação mais sutil da normatividade, como contrapeso ao excesso de regulação, uma nova maneira de conceber as relações sociais humanizando o consensualismo (empobrecimento do contrato) pela convivência (ética da convivência) e uma nova maneira de conceber os direitos, vinculando-os a deveres. A obrigação e a coerção se transformariam em um consentimento voluntário de assumir suas responsabilidades. No face a face entre a administração e os administrados, a primeira não conceberia suas prerrogativas senão vinculadas a seu dever de prestar contas e, os segundos, transformados plenamente em cidadãos, não separariam seus direitos de seus deveres para com a coisa pública”.

Por isso mesmo, pode-se afirmar que as bases filosóficas do Direito Administrativo, desde as origens, são as mesmas do Estado de Direito, tendo acompanhado de perto as mutações por este sofridas, em suas várias fases – liberal, social, democrática e, talvez, pós-pós-modernista (como mencionado por Jacqueline Morando-Deville). Hoje, o Direito Administrativo – de base essencialmente constitucional – foi enriquecido pelos ideais de centralidade e dignidade da pessoa humana, de participação, de transparência, de exigência de motivação, de processualização, de controle social.

1.3 CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO FRANCÊS

É inegável a contribuição do direito francês para a autonomia do Direito Administrativo.

Costuma-se indicar, como termo inicial do nascimento do Direito Administrativo, a Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública na França.

Mas foi graças principalmente à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês que se construiu o Direito Administrativo.

O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da **jurisdição administrativa** (o **contencioso administrativo**), ao lado da **jurisdição comum**, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição.

Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro. Essa concepção do princípio da separação de poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho

Regime: a desconfiança em relação ao Poder Judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução (cf. Georges Vedel, 1964:60).

Tal o fundamento pelo qual se instituiu na França o contencioso administrativo, com apoio no texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, em cujos termos “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem”.

Essa norma foi confirmada, posteriormente, pelo decreto de 16 frutidor do ano III: “Proibições iterativas feitas aos tribunais de conhecer atos de administração de qualquer espécie...” (cf. José Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, 1969, v. 6:69-71).

De início, a própria Administração decidia os seus conflitos com os particulares, já que o Judiciário não podia fazê-lo. Foi a fase do administrador-juiz, em que a Administração era, ao mesmo tempo, juiz e parte. No entanto, no ano VIII, começa a desenvolver-se uma verdadeira jurisdição administrativa, com a criação do Conselho de Estado, que só passa a exercer função verdadeiramente jurisdicional a partir de 1872, quando se tornou independente e suas decisões deixaram de submeter-se ao chefe de Estado.

Foi pela elaboração pretoriana desse órgão de jurisdição administrativa que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do Direito Administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países.

Pode-se dizer que a autonomia do Direito Administrativo, ou seja, a sua posição como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios, começou a conquistar-se a partir do famoso **caso Blanco**, ocorrido em 1873, e que envolveu uma menina (Agnès Blanco) que, ao atravessar uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício (cf. José Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, 1970, v. 8:22-23). Naquela oportunidade, o Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, proferiu o seu voto, colocando de lado o Código Napoleão e afirmando, pela primeira vez, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado em termos publicísticos. Relembre-se de que, nessa ocasião, ocorreu choque de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação. O conflito era de atribuição negativo; suscitado perante o Tribunal de Conflitos – a quem cabia dirimir os conflitos dessa natureza entre a jurisdição comum e a administrativa –, o Conselheiro Davi, entusiasmado com o caso, não só concluiu que o Conselho de Estado era competente para decidir a controvérsia, como também devia fazê-lo em termos publicísticos, já que o Estado era parte na relação jurídica. Acentua-se aqui a saída do instituto da responsabilidade do campo do direito civil, como então era tratado, para mergulhar

no campo do Direito Administrativo, onde a relação entre preposto e preponente é diversa dessa mesma relação no campo do Direito Civil.

Embora a decisão apenas confirmasse, quanto à competência da jurisdição administrativa, jurisprudência anterior do Conselho de Estado, adotada nos casos Rotschild (1855) e Dekeister (1862), ela inovava em dois pontos: quando definia a competência da jurisdição administrativa pelo critério do **serviço público** (responsabilidade por danos decorrentes do **serviço público**) e quando resolvia a questão com base em princípios autônomos, distintos daqueles adotados pelo Código Civil para as relações entre particulares.

A partir de então, inegável foi a contribuição do Conselho de Estado francês para a elaboração de princípios informativos do Direito Administrativo. “Em 1945, o Conselho de Estado francês invocou, pela primeira vez de modo expresso, os princípios de direito aplicáveis, mesmo na ausência de textos legais, às relações entre Administração-indivíduo, Administração-funcionário ou entre órgãos administrativos. E a partir de então expediu-se naquele tribunal essa diretriz, atribuindo-se aos princípios força de lei quanto aos atos administrativos gerais e especiais. Em virtude do surgimento de regulamentos autônomos previstos na Constituição francesa de 1958 e dotados da mesma força de lei, o Conselho de Estado passou a conferir, aos princípios gerais, valor constitucional, com base no preâmbulo da referida Constituição” (cf. Odete Medauar, *O Estado de S. Paulo*, 24-4-86, p. 42).

Georges Vedel (1964:53) ressalta o fato de que 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 a imensidão 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. Daí a contribuição do Conselho de Estado para a elaboração de princípios informativos do Direito Administrativo, ainda hoje vigentes em vários sistemas: o da responsabilidade civil da Administração, o da alteração unilateral dos contratos administrativos, os concernentes ao regime jurídico especial dos bens do domínio público, a teoria da nulidade dos atos administrativos.

Afora a contribuição do Conselho de Estado, que não se limitou às origens do Direito Administrativo, pois se perpetuou nas sucessivas interpretações de leis e regulamentos administrativos, mediante princípios publicísticos, o direito francês também se coloca entre os pioneiros no campo da elaboração doutrinária do Direito Administrativo.

É verdade que se indica como primeira obra, nessa matéria, os *Principii fondamentali di diritto amministrativo*, de Giandomenico Romagnosi, publicada na Itália em 1814; porém, logo a seguir, surgem, na França, as obras de Macarel (*Éléments de jurisprudence administrative*, 1818) e De Cormenin (*Questions de droit administratif*, 1822). Costuma-se criticar essas primeiras obras pelo fato de que se limitaram a comentar textos legais e decisões jurisprudenciais. Assim foram as obras

de Macarel, Cormenin e De Gerando. No entanto, são ainda do Direito Administrativo francês as primeiras obras que trataram dos temas do Direito Administrativo como categoria própria, constituída por princípios autônomos; é o caso do *Cours de droit administratif*, de Ducroq, das *Conférences sur le Droit*, de Aucoc, e do *Traité sur la juridiction administrative*, de Laferrière.

Também foi o direito francês o primeiro a colocar o Direito Administrativo como matéria de ensino universitário. Em 1819, muito antes, portanto, do referido caso Blanco, foi inaugurada na Faculdade de Direito de Paris a cadeira de Direito Administrativo, ministrada pelo Barão de Gerando, que publica o seu *Programe du Cours de Droit Public Positif Administratif à la Faculté de Droit de Paris*, no qual expõe os princípios gerais da Ciência da Administração, distinta do Direito Administrativo Positivo. Em 1829, ele publica as *Institutes du Droit Administratif Français*, nas quais sistematiza a exposição de mais de 80.000 dispositivos legais e regulamentares (cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 2007:78).

O Direito Administrativo francês formou-se como disciplina normativa referida a um sujeito – a Administração Pública, ou, nas palavras de André Hauriou (RDA 1:465), *il reste une discipline interieure à un groupe*. Ele se elaborou com base em determinados conceitos, como o de serviço público, de autoridade, de Poder Público, de especialidade de jurisdição, nenhum deles inspirado no direito privado. Segundo Vedel (1964:57), quatro princípios essenciais informam o Direito Administrativo francês: o da **separação das autoridades administrativa e judiciária**, 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.

Tendo o Direito Administrativo francês nascido como o direito concernente a um sujeito – Administração Pública –, é natural que se entendesse que sua organização, seus direitos, prerrogativas e obrigações fossem regulados por normas próprias, diversas daquelas que disciplinam as relações particulares. Daí a razão pela qual muitos autores viram o Direito Administrativo como “o conjunto das derrogações que as leis trariam à aplicação do direito privado no que concerne à via administrativa. Ele sempre foi apresentado como um corpo de regras globalmente autônomo, repudiando em bloco o direito privado” (cf. Vedel, 1964:47). Foi o que fez o Conselheiro Davi, no caso Blanco, onde ele afirma que “a responsabilidade que pode incumbir ao Estado para os danos causados aos particulares por fato das pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida por princípios que são estabelecidos pelo Código Civil para as relações de particular a particular...” (cf. Vedel, 1964:48).

A mesma rejeição às normas do Direito Civil, que se verifica em relação ao tema da responsabilidade, repete-se também em relação aos contratos administrativos,

às fundações públicas, à propriedade pública. Vale dizer que se procura solucionar com normas e princípios do Direito Administrativo todas as questões em que a Administração é parte.

Evidentemente, a autonomia nunca foi total. Jean Waline (apud Vedel, 1964:48) “mostra que as hipóteses nas quais o juiz administrativo aplica aos litígios que lhe são submetidos regras emprestadas ao Código e leis de direito privado são muito mais numerosas do que se supõe geralmente, de tal sorte que a apresentação tradicional que nisso vê ‘exceções’ à autonomia do Direito Administrativo repudiando ‘em bloco’ o direito privado torna-se muito contestável”.

Vedel (1964:48), que aceita essa conclusão, afirma que “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”.

Não se pode encerrar este item sem realçar que o direito francês, inclusive seu Direito Administrativo, vem passando por importantes transformações, em decorrência de sua integração na União Europeia, cujo direito se impõe aos Estados-membros, inclusive às suas Constituições. A própria jurisprudência do Conselho de Estado, que sempre se constituiu na principal fonte do Direito Administrativo francês, perdeu grande parte de sua força, não só pela grande quantidade de leis hoje existentes, mas também pela submissão obrigatória aos atos normativos provenientes de organismos que compõem a estrutura da União Europeia. De resto, a constitucionalização, a privatização, a consensualidade, a democratização, a substituição do conceito de serviço público por serviço de interesse econômico (agora substituído, por sua vez, por serviço de interesse geral), a força crescente das fontes internacionais do direito, o surgimento do Direito Administrativo econômico, são algumas das transformações pelas quais vem passando o Direito Administrativo francês e que acabam por se expandir por todos os países que integram o sistema de base romanística.

1.4 DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

Enquanto na França o Direito Administrativo surgiu após a revolução, que rompeu inteiramente com o sistema anterior, na Alemanha não houve a mesma ruptura, pois resultou, esse ramo do direito, de longa evolução, não processada pela mesma forma nos diferentes Estados. Lá, a transformação “não se desenrolou segundo um ritmo uniforme nos diferentes Estados alemães, e em nenhuma parte o velho direito foi em um dado momento totalmente eliminado para ser substituído por um direito novo; constata-se, em cada período, a subsistência de reminiscências jurídicas de concepções passadas. Mas em cada um desses períodos, a situação do poder público em relação aos sujeitos e em relação ao direito é determinada por uma concepção nova, que se afasta das tendências anteriores” (cf. Fritz Fleiner, 1933:25).

Na Idade Média, a proteção jurídica para a autoridade e para o particular era a mesma, sujeitando-se, um e outro, às instâncias jurisdicionais dos tribunais, cabendo, no entanto, ao príncipe um direito eminente (*jus eminens*), composto por uma série de prerrogativas e poderes que ele devia exercer no interesse da coletividade. Em uma segunda fase, após a Reforma, ampliou-se o poder do príncipe; constituiu-se o chamado *jus politiae* (direito de polícia), que, partindo da ideia de poder sobre a vida religiosa e espiritual do povo, concentrou em mãos dos príncipes poderes de interferir na vida privada dos cidadãos, sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem-estar coletivo; houve, nesse período, uma separação entre a polícia e a justiça; o príncipe podia baixar regras de polícia, relativas à Administração, e normas relativas à justiça; estas últimas ficavam fora de sua ação e só podiam ser aplicadas pelos juízes; as outras eram aplicadas pelo príncipe e seus funcionários, que agiam exclusivamente sob normas dele emanadas e sem assegurar aos indivíduos apelo aos tribunais.

Para combater esse poder absoluto do príncipe, elaborou-se a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao Fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império; o primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais.

Com isto, muitas das relações jurídicas em que a Administração era parte passaram a ser regidas pelo **Direito Civil** e a submeter-se a tribunais independentes, sem qualquer vinculação com o príncipe. Estes tribunais passaram a reconhecer, em favor do indivíduo, a titularidade de direitos adquiridos contra o Fisco, todos eles fundamentados no direito privado. Na realidade, não havia outro direito além do Direito Civil.

Como diz Otto Mayer (1982, t. 1:56), “o resultado foi que nesse período do regime de polícia existe efetivamente um direito civil, um direito penal, um direito processual; em uma palavra: o direito de justiça. Com relação à administração não existem regulamentos que sejam obrigatórios para a autoridade frente ao súdito: não há direito público”.

No Estado Moderno, conservou-se do regime de polícia a ideia de soberania do Estado e, embora desaparecendo o dualismo do Estado e do Fisco, manteve-se a ideia de submissão de uma parte da atividade estatal ao Direito Civil.

Por outro lado, deixou este de ser o direito único, pois desenvolveu-se o direito público, em especial o Direito Administrativo, para reger as relações entre o Estado e os administrados; o Direito Civil passou a ter aplicação apenas subsidiária.

Tudo isto, não é demais repetir, foi produto de longa evolução; não resultou de rupturas violentas com regimes anteriores, nem do trabalho do legislador; nas palavras de Fritz Fleiner (1933:33), “o progresso decorreu da prática das autoridades, da jurisdição administrativa e do trabalho silencioso da doutrina”.

Embora o direito público alemão tivesse sofrido influência do direito francês, foi diversa a origem do seu Direito Administrativo e a sua própria formação; o Direito Administrativo, na França, foi produto de elaboração pretoriana do Conselho de Estado, desenvolvida para atender a necessidades puramente práticas, surgidas em cada caso concreto. Na Alemanha, predominou a elaboração sistemática e científica, mais abstrata, a cargo dos doutrinadores, conforme se demonstrará além, ao cuidar-se do objeto do Direito Administrativo.

No direito alemão, a influência do direito civil foi muito maior na elaboração do Direito Administrativo do que ocorreu no direito francês. Enquanto neste houve uma tendência para rejeitar, em bloco, as normas do direito privado, construindo-se o Direito Administrativo como conjunto de normas derogatórias e exorbitantes do direito comum, na Alemanha a sistematização do Direito Administrativo, por ideias herdadas do Estado de Polícia, seguiu muito mais a orientação adotada pelos pandectistas na interpretação do Código Civil. Na sistematização do Direito Administrativo, adotou-se o método construtivo, preocupado em formular dogmas específicos do direito público, mas sempre a partir do modelo construído pelo direito privado.

Segundo Fritz Fleiner (1933:44), a expressão *Direito Administrativo* não designa, na Alemanha, ao contrário da França, uma espécie particular de direito. “No sentido mais amplo, o ‘Direito Administrativo’ designa todas as normas que regulam a atividade das autoridades estatais administrativas, quer façam parte do direito público ou do direito privado. Mas a ciência do direito não entende a noção dessa maneira tão ampla. Ela parte da consideração de que as normas particulares não foram elaboradas pela Administração Pública senão nos casos em que as normas gerais do direito privado, do direito penal e do processo não podem proteger, pelo menos de maneira suficiente, em razão do modo mesmo pelo qual elas são concebidas, os interesses especiais da administração pública.” Acrescenta o mesmo autor que se entenderá por Direito Administrativo “o direito público estabelecido na medida das necessidades da administração pública”.

Também com relação ao Direito Administrativo alemão, é importante lembrar que, tal como ocorreu com todos os países-membros da União Europeia, está sujeito ao direito comunitário europeu. Tal afirmação, já feita com relação ao direito francês, tem por objetivo ressaltar que as transformações do Direito Administrativo, a serem analisadas no item 1.8 deste capítulo, são muito semelhantes em todos os países que fazem parte da União Europeia, inclusive naqueles filiados ao sistema do *common law*.

Foi o direito alemão que deu os primeiros passos no sentido da valorização dos direitos fundamentais e da constitucionalização dos princípios e valores que devem orientar a atividade da Administração Pública, da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, do princípio da dignidade da pessoa humana como fundante do Estado de Direito, do princípio da proporcionalidade, do princípio da proteção à confiança. Tudo isso influenciou os países filiados ao sistema romanista e produziu reflexos inclusive sobre a União Europeia, que foi progressivamente se constitucionalizan-

do, pela integração, a partir do Tratado de Lisboa, de artigos relativos aos valores e objetivos da União, a afirmação da dimensão cidadã da União, o reconhecimento dos direitos fundamentais (cf. Marianne Donny, 2012:37 ss).

1.5 DIREITO ADMINISTRATIVO ITALIANO

Também na Itália não houve o mesmo rompimento brusco com o regime anterior.

Encontram-se as origens do Direito Administrativo italiano no ordenamento administrativo piemontês que, sob dominação da França, foi profundamente influenciado pelo direito francês elaborado a partir da época de Napoleão. O próprio método exegético do direito francês foi seguido, nas origens, pelo Direito Administrativo italiano. Com a anexação das demais províncias ao Reino piemontês, aquela mesma influência se fez sentir, na medida em que houve a unificação administrativa, em especial pela Lei nº 2.248, de 20-3-1865, conhecida como “Lei sobre unificação administrativa do Reino”, compreendendo seis anexos referentes às leis fundamentais do Estado; a Lei provincial e municipal, a Lei sobre segurança pública, a Lei de saúde, a do Conselho de Estado, a do contencioso administrativo e a de obras públicas.

Num segundo período, que vai de 1865 até a Primeira Guerra Mundial, verificaram-se importantes alterações na legislação, especialmente nas quatro primeiras partes anexas à referida lei de unificação do Reino, para adaptá-las aos princípios liberais defendidos na Europa do século XIX.

A terceira fase (1922 a 1943), iniciada após a Primeira Guerra Mundial, foi marcada pelo aparecimento do fascismo, com adoção de princípios autoritários e abolição de postulados democráticos na organização dos órgãos administrativos: definição dos poderes do Primeiro Ministro, faculdades normativas do Poder Executivo, extinção de órgãos eletivos nos municípios, ampliação dos poderes do prefeito, intervenção do Estado na vida social, econômica e moral dos cidadãos.

A partir da queda do fascismo, voltam os princípios democráticos, reinstaurando-se o sistema de governo parlamentar, reconstituindo-se os órgãos eletivos nos municípios e nas províncias, limitando-se os poderes do prefeito e criando-se a autonomia regional (cf. Alessi, 1970:20-23).

Sob o aspecto doutrinário, o Direito Administrativo, na primeira fase, sofreu influência da doutrina francesa e paralelamente se inspirou nos esquemas do direito privado. Na segunda fase, já abandonando gradativamente o apego aos métodos de direito privado e à escola exegética, foi assumindo caráter científico, com sistematização própria, embora com influência alienígena, especialmente do direito alemão. Nessa fase, as obras de Orlando, Santi Romano, Oreste Ranelletti, Federico Cammeo.

Segundo Orlando (1900:47), o direito italiano conseguiu uma “feliz harmonia” entre as duas tendências opostas verificadas no direito francês e no direito alemão; o primeiro apegou-se excessivamente ao caso concreto tal como estudado pela jurisprudência; e o segundo pecou pela excessiva abstração e distanciamento da realidade.

Como se verá no item 1.7, o direito italiano também influenciou o Direito Administrativo brasileiro (quanto ao conceito de mérito do ato administrativo, de interesse público primário e secundário, de autarquia, de entidades paraestatais, dentre outros). Hoje passa por transformações decorrentes de sua submissão ao direito comunitário europeu.

1.6 DIREITO ADMINISTRATIVO ANGLO-AMERICANO

Enquanto o direito francês, o italiano, o alemão e, entre tantos outros, o brasileiro são filiados ao sistema de base romanística, o direito vigente nos Estados Unidos e na Inglaterra integra o chamado sistema do *common law*, expressão que designa, nas palavras de José Cretella Júnior (*Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 12:10), “o direito não escrito de um país, baseado no costume, no uso e nas decisões das Cortes de Justiça”.

Uma das diferenças básicas entre os dois sistemas está em que o primeiro tem como fonte principal o direito legislado (*statute law*) e o segundo, o precedente judiciário, ou seja, o direito comum (*common law*) criado por decisões judiciárias.

Conforme ensinamento de John Clarke Adams (1964:10-11), na elaboração de sua sentença, “o juiz do *common law* está teoricamente vinculado pelo *common law*. Praticamente, entretanto, está vinculado somente na medida em que este tenha sido gradualmente revelado através das sentenças anteriores”.

Outra fonte do direito anglo-saxão é a **equidade**, que serve de fundamento a decisões judiciais nos casos em que não se encontra no *common law* a tutela eficaz aos direitos privados. Uma vez proferida a decisão com base na equidade, ela também se transforma em precedente judiciário e passa a integrar o *common law*.

Os direitos filiados a esse sistema têm também como fonte o direito legislado, que é direito escrito, ao contrário das demais fontes citadas, que compõem o direito não escrito. Em caso de conflito entre este último e a lei, esta é que prevalece. Desse modo, à medida que aumenta o direito legislado, diminui o campo de aplicação do direito não escrito. Mas as decisões proferidas com base na lei passam também a constituir precedentes judiciários que vinculam os juízes nas decisões futuras; o mesmo ocorre, nos Estados Unidos, com relação à interpretação judicial da Constituição escrita.

O papel do juiz, no sistema anglo-americano, é da maior relevância, porque ele não se limita a aplicar uma norma preexistente ao caso concreto, pois, “para ele, os **precedentes**, os atos legislativos e até a carta constitucional não são senão as

peças já ordenadas de um vasto e incompleto mosaico que representará ao direito eterno, peças às quais ele mesmo agregará sua modesta contribuição no ato de ditar a sentença” (John Clarke Adams, 1964:17).

No que diz respeito ao Direito Administrativo no sistema anglo-americano, o seu nascimento, além de posterior ao do sistema continental, não teve a seu favor as razões históricas que justificaram a interpretação que na França se deu ao princípio da separação de poderes e inspiraram a criação do contencioso administrativo.

Na Inglaterra e Estados Unidos, o Poder Judiciário exerce sobre a Administração Pública o mesmo controle que exerce sobre os particulares, graças ao apego aos princípios da *rule of law*, na Inglaterra, *judicial supremacy* e *due process of law*, nos Estados Unidos.

Enquanto aos franceses, após a revolução, repugnava a ideia de submeter a Administração ao Judiciário em consequência dos apontados antecedentes históricos, na Inglaterra e nos Estados Unidos os revolucionários dos séculos XVII e XVIII, respectivamente, recebiam os excessos do Poder Executivo, razão pela qual registrou-se a tendência oposta de atribuir ao Judiciário e ao Legislativo maiores poderes de controle.

Havia grande resistência ao nascimento do Direito Administrativo, que era visto como um conjunto de normas que asseguravam privilégios e prerrogativas para a Administração frente ao particular, parecendo mais como direito próprio dos regimes totalitários.

Se o Direito Administrativo surgiu no sistema anglo-americano, não foi em consequência dos princípios revolucionários, mas para atender aos reclamos da sociedade moderna, em favor da atuação crescente do Estado no campo social e econômico, a exigir o crescimento da máquina administrativa e, paralelamente, a elaboração de normas próprias para a sua atuação.

Hoje não é possível negar mais a existência do Direito Administrativo naquele sistema, embora com conteúdo menos amplo do que no direito francês. Porém, durante algum tempo, os juristas resistiram ao reconhecimento desse fato, graças principalmente à obra de Albert Venn Dicey (*Lectures introductory to the study of law of the constitution*, publicada pela primeira vez em 1885), e que influenciou tanto o direito inglês, como o norte-americano.

Um estudo crítico a respeito do pensamento de Dicey foi feito por James W. Garner (1929:337-385). Do seu trabalho extrai-se a ideia de que, para Dicey, existem no Direito Administrativo francês dois princípios estranhos à concepção inglesa: o primeiro é o que reconhece aos funcionários uma série de prerrogativas que não têm os particulares, colocando-os em situação de desigualdade no que concerne à sua responsabilidade perante os Tribunais; enquanto na Inglaterra os funcionários e os simples cidadãos submetem-se ao mesmo **direito comum** e respondem perante os tribunais ordinários, na França, os funcionários gozam de privilégios assegurados

por leis administrativas e não podem ser processados perante a justiça comum. Para Dicey, o princípio do *rule of law* (império da lei) significa:

- a) supremacia do direito comum, a impedir o reconhecimento de privilégios, prerrogativas e poderes discricionários às autoridades administrativas e governamentais;
- b) unidade da lei e da jurisdição para todos, sejam funcionários ou particulares;
- c) existência de um **direito comum** constituído pelo conjunto dos direitos individuais tal como aplicados e interpretados pelos tribunais.

O outro princípio do direito francês, diferente do anglo-americano, é o que concerne à separação de poderes que, na França, é interpretado de forma a impedir a apreciação, pelos juízes da jurisdição comum, dos atos praticados pela Administração Pública e, nos Estados Unidos e Inglaterra, como separação funcional, a impedir a Administração de exercer função jurisdicional como a que exerce o Conselho de Estado francês.

Tais ideias são contestadas por Garner, no referido trabalho. Ele demonstra, de um lado, que os funcionários franceses respondem perante os tribunais administrativos, apenas quando se trata de falta cometida em razão do serviço; pelas suas faltas pessoais e pelos seus crimes, eles respondem perante a jurisdição ordinária. Por outro lado, ele observa que não é inteiramente verdadeira a afirmação de Dicey segundo a qual, no direito inglês, funcionário e cidadão encontram-se em pé de igualdade perante a lei, no que concerne à prática de infrações. Além do Chefe de Estado, personificado pela Coroa, e dos Ministros, uns e outros gozando de proteção e imunidades especiais, inúmeros funcionários ingleses são total ou parcialmente liberados de responder perante os tribunais ordinários pelas consequências de seus atos oficiais; é o caso dos juízes, oficiais de polícia, funcionários das alfândegas e outros. Além disso, uma lei de 1893 concedeu certo privilégio aos servidores do Estado, ao exigir que todas as ações contra os mesmos, por atos praticados no exercício do cargo, sejam iniciadas no prazo de apenas seis meses da data do ato.

Quanto à impossibilidade de os tribunais ordinários, na França, apreciarem atos da Administração Pública, Garner contesta também, mostrando que essa apreciação ocorre em vários casos, como nas faltas pessoais cometidas por funcionários, nas desapropriações, na responsabilização civil da Administração, na aplicação das regras de polícia, nos processos contra a administração dos correios e telégrafos. Por outro lado, embora não exista na Inglaterra o contencioso administrativo, foi atribuída função judicial ou quase judicial a inúmeros órgãos administrativos, cujas decisões não podem, em geral, ser revistas pelos tribunais ordinários, com a agravante de que esses órgãos não têm as características de corpo judiciário que revestem os tribunais administrativos.

O mesmo ocorreu nos Estados Unidos, onde inúmeros órgãos administrativos foram investidos de funções judiciais ou quase judiciais, para a solução de reclamações dos particulares contra o Estado, dos empregados contra os trabalhadores, sem as características essenciais dos tribunais judiciários e sem a possibilidade de revisão por estes últimos, a não ser sobre questões de direito.

É interessante notar que, na última edição da sua obra, Dicey, influenciado por Gaston Jèze, reconhece que sua concepção do Direito Administrativo francês está errada e que as decisões do Conselho de Estado se aproximavam bastante das decisões tomadas pelos tribunais comuns (cf. Garner, 1929:353-355).

Também é oportuno observar que o pensamento de Dicey, inteiramente avesso ao regime administrativo francês, justificava-se, talvez, pela própria diversidade da organização do poder na Inglaterra, embora ele não tivesse se apercebido da evolução que já na sua época se verificava.

Garrido Falla (1970:109-111) aponta as seguintes características do regime inglês da primeira metade do século XIX, quando a França já estava desenvolvendo e aperfeiçoando o Direito Administrativo:

- a) falta quase absoluta de uma burocracia, significando que os cargos públicos do reino compreendiam apenas os chamados **supremos** (Parlamento e Rei, por exemplo) e os **subordinados**, que incluíam apenas algumas categorias, deixando fora dessa classificação inúmeros cargos de relevo no Estado, como os de Secretários de Estado, que não eram previstos em lei, embora existissem **de fato**;
- b) falta de centralização administrativa, pois a maior parte das funções públicas típicas, em especial as concernentes ao poder de polícia, pertenciam aos governos locais, que eram dotados de autonomia (*self-government*) em relação ao poder central, ao qual não se subordinavam hierarquicamente, mas através do Parlamento; este é que legislava para os órgãos locais;
- c) a atividade administrativa era, do século XVI ao XIX, realizada pelos juízes e pelo Parlamento; a administração dos condados era feita pelos juízes de paz, controlados pelos Tribunais ordinários, o que significa dizer que os juízes praticavam atos judiciais e atos administrativos. Também o Parlamento praticava e ainda pratica atos administrativos, donde a distinção entre *public business* e *private business*, estes últimos dando lugar a *bills* privados.

Já no século XVIII iniciaram-se algumas reformas, que se intensificaram no século XIX, revelando a tendência crescente no sentido do fortalecimento do Governo central, que recebeu amplos poderes para a elaboração de **leis delegadas**, as quais chegaram a superar sensivelmente, em quantidade, as leis promulgadas pelo Parlamento. O poder central também cresceu, à medida que foi criando empresas estatais e assumindo algumas funções quase judiciais.

No **direito inglês**, a Administração goza de ampla discricionariedade, a tal ponto que muitos dos seus atos são subtraídos à apreciação do Poder Judiciário, como ocorria com a chamada “cláusula de Henrique VIII”, em decorrência da qual pode o Parlamento delegar à Administração o poder de mudar a lei, inclusive subtraindo a lei delegada à apreciação pelo Poder Judiciário; nesses casos, os regulamentos baixados pela Administração tinham a mesma força que a lei, produzindo o mesmo efeito de impedir a apreciação judicial. Vale dizer que, como na Inglaterra os tribunais não controlam a constitucionalidade das leis, os regulamentos também escapavam a esse controle; hoje essa cláusula está em desuso, não sendo mais aceita pelos Tribunais, que exercem controle sobre os regulamentos, exigindo a sua conformidade com a lei. Aquilo que ocorria em relação aos regulamentos ainda ocorre no caso das decisões proferidas por órgãos administrativos com funções quase-judiciais, em que se presume, *juris et de jure*, que o ato reúne todos os requisitos legais, vedada, em muitos casos, a apreciação, pelo Judiciário, da matéria de fato, reservada à competência discricionária da Administração.

No que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, vigorou, na Inglaterra, até 1947, a teoria da irresponsabilidade, baseada no princípio segundo o qual *the king can do no wrong*; o funcionário é que respondia pelos danos causados ao particular. Com a aprovação, naquele ano, do *Crown Proceeding Act*, a Coroa passou a responder nas seguintes hipóteses: por danos cometidos pelos seus funcionários ou agentes, desde que haja infração daqueles deveres que todo patrão tem em relação aos seus prepostos e também daqueles deveres que toda pessoa comum tem em relação à propriedade.

A responsabilidade, no entanto, não é total, porque sofre algumas limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais.

Quanto aos **contratos** celebrados pela Coroa, há também algumas particularidades, que decorrem da aplicação do princípio, de elaboração pretoriana, segundo o qual a Coroa não pode obrigar-se em detrimento da sua liberdade de ação, ou, por outras palavras, o poder discricionário da autoridade pública não pode ser restringido por via contratual (cf. Garrido Falla, 1970:116). Em decorrência disso, nos contratos com seus funcionários, ainda que conste cláusula que impeça a rescisão, é possível a destituição sumária, contra a qual não cabe nenhum recurso; também é possível a redução de salários, cabendo ao funcionário a possibilidade de desistir do contrato. No caso dos militares, ainda que a Administração atrase o respectivo pagamento, não lhes é dado abandonar o serviço (cf. Wade, 1971:453-455). Além disso, são comuns, nos contratos de obras públicas, cláusulas muito semelhantes às dos contratos administrativos, regidos pelo direito público; tais são as cláusulas que estabelecem amplos poderes de controle sobre o contratado, as que asseguram à Coroa o poder sancionador, sem recurso prévio aos Tribunais, as que preveem o poder de modificação, suspensão ou rescisão do contrato, a qualquer momento, mediante compensação pecuniária ao particular, as que conferem à Coroa o poder de interpretação e privilégios de decisão unilateral.

Gaspar Ariño Ortiz, em prólogo escrito na obra de José Ignacio Monedero Gil (1977:12-14), onde faz um estudo do contrato no sistema do *common law*, mostra que tais cláusulas são estabelecidas, em caráter geral, para os contratos de obras públicas (United Kingdom General Government Contracts for Building and Civil Engeneering Works, General Conditions, 1971), revelando que, embora a doutrina inglesa continue a afirmar que os contratos celebrados pela Coroa se regem pelo direito privado, em uma colocação teórica de “religioso respeito à tradição jurídica recebida”, a realidade das coisas é diferente; inexistente um texto de lei que estabeleça normas sobre tais contratos, que se regem pelas condições estabelecidas em seu próprio texto, aprovado pelo Governo. Os litígios se resolvem geralmente por árbitros, a tal ponto que foi criado um órgão – Review Board of Government Contracts – de caráter independente, que decide, **definitivamente**, sobre todos os conflitos que versem sobre rompimento do equilíbrio do contrato.

As características apontadas revelam que o *rule of law* não tem, na Inglaterra, o alcance que Dicey lhe imprimiu: a Administração goza de privilégios e prerrogativas e de poder discricionário perante o particular; o princípio da unidade de jurisdição sofre a restrição decorrente das funções quase judiciais exercidas pelo Executivo; o direito comum elaborado pelos tribunais ordinários não é a única fonte do direito na Inglaterra.

Dessa forma, sob muitos aspectos, o Direito Administrativo inglês se aproximou bastante do regime de Direito Administrativo condenado por Dicey. Mas, como diz Garrido Falla (1970:118), “não são poucos os que diagnosticaram a situação entendendo que a Inglaterra copiou uma parte do regime administrativo (precisamente a que supõe maior sujeição para o particular), porém mostrou-se refratária a admitir, em troca, suas instituições de garantia (um contencioso no estilo francês)”.

Nos **Estados Unidos**, onde também se fez presente a influência de Dicey, o conteúdo do Direito Administrativo é bem menos amplo do que nos países que adotam o chamado **regime jurídico administrativo**. Isto porque toda a matéria relativa à organização administrativa está fora da abrangência daquela disciplina, sendo tratada exclusivamente pela Ciência da Administração, como ramo, portanto, da Ciência Política. O próprio problema das relações entre a Administração e seus funcionários rege-se pelo direito comum; desse modo, o objeto do Direito Administrativo fica restringido apenas às relações da Administração com os particulares.

John Clarke Adams (1964:36), fazendo uma comparação entre o conteúdo do Direito Administrativo norte-americano e o dos direitos francês e italiano, aponta, para o primeiro, as seguintes peculiaridades em relação aos demais:

- a) a doutrina norte-americana da **separação de poderes** está fundada em critérios funcionais, em decorrência dos quais a Administração Pública deve limitar-se a exercer funções administrativas, não podendo assumir funções jurisdicionais, como a que exerce o Conselho de Estado francês;

- b) falta, no **direito norte-americano**, o **conceito de interesse legítimo** que delimita, na Itália, as competências do Conselho de Estado e da magistratura ordinária;
- c) a doutrina norte-americana da *judicial supremacy* dá aos tribunais ordinários um poder genérico de controle sobre qualquer ato administrativo, por questões de legalidade, sempre que um particular tenha um direito de ação garantido pelo *common law* ou pelas leis;
- d) a doutrina da irresponsabilidade do Estado no *common law* opõe-se à da responsabilidade no direito francês e italiano;
- e) é **limitado o uso da execução forçada** no direito norte-americano, onde, a não ser em casos excepcionais, em que o interesse coletivo esteja em perigo, a execução dos atos da Administração depende de autorização dos tribunais;
- f) falta um regime jurídico de emprego público nos Estados Unidos;
- g) inexistente um **corpus de jurisprudência administrativa**;
- h) é escasso o **desenvolvimento e importância da doutrina** no direito anglo-americano;
- i) a **predominante posição da jurisprudência** no Direito Administrativo norte-americano leva a um método de **ensino universitário diverso**, baseado quase só em textos de decisões judiciais.

No que diz respeito à **responsabilidade do Estado**, houve uma evolução; até bem recentemente prevalecia, também, a regra da irresponsabilidade, sob influência do princípio inglês de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong*).

Hoje, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado.

Com relação ao **funcionário**, responde da mesma forma que o particular, segundo normas do direito privado. Desde que o Tribunal reconheça a ilegalidade do ato praticado, o seu autor fica sujeito a reparar os danos dele decorrentes. Mas mesmo essa orientação já sofreu certa evolução; os tribunais resolveram reconhecer a determinados funcionários imunidade semelhante àquela de que gozam os juízes; isto ocorreu em relação aos funcionários administrativos que exercem funções de caráter jurisdicional e àqueles que exercem competências discricionárias.

No que diz respeito à responsabilidade do Estado, o *Federal Tort Claims Act* (lei federal sobre demandas de danos civis), de 1948, estabeleceu a regra de que os Estados Unidos serão responsáveis, sempre que haja **culpa**, da mesma maneira e tão amplamente como um particular nas mesmas circunstâncias.

Além de a responsabilidade ser baseada na culpa, portanto, segundo normas de direito privado, a lei estabelece uma série de restrições, pois não se aplica nas seguintes situações: reclamações relativas à perda de cartas ou objetos postais;

cobrança de taxas, tarifas aduaneiras ou retenção de bens ou mercadorias pela alfândega; danos causados pela imposição de medidas de quarentena; reclamações que se produzam em país estrangeiro; reclamações relativas às atividades fiscais do Tesouro; danos causados por forças militares e navais em tempo de guerra; quando o funcionário tenha agido em cumprimento a leis ou regulamentos ou no exercício de funções discricionárias, desde que tenha usado da diligência devida.

Nos Estados Unidos também surgiram **órgãos administrativos com funções quase judiciais**, à semelhança do que ocorreu na Inglaterra. Trata-se das *Commissions, Offices, Agencies, Boards*, que são dotadas de relativa independência em relação ao presidente da República. Segundo Garrido Falla (1970:126), “trata-se de uma autêntica concentração de poderes, posto que ditam regulamentos, aplicam-nos e, finalmente, perseguem por si mesmos e julgam os seus infratores”.

No que diz respeito aos **serviços de utilidade pública**, muitos dos quais são assumidos pelo Estado no sistema europeu continental e delegados ao particular mediante concessão ou permissão, nos Estados Unidos são deixados para a iniciativa privada, dentro do princípio constitucional da liberdade de indústria e comércio; no entanto, muitos desses serviços dependem da licença do poder público para funcionar e são submetidos a uma regulamentação administrativa, como se verifica com os serviços de navegação aérea e de transportes ferroviários.

Na parte relativa aos **contratos**, ocorre situação muito semelhante à mencionada para a Inglaterra; embora se continue a afirmar que os contratos celebrados pelo poder público são regidos pelo direito privado, na realidade crescem, a partir de 1940, as leis e decisões judiciais que reconhecem poderes e privilégios para o Estado, quando contrata com outras entidades, públicas ou privadas. Antes disso, entendia-se que as regras ditadas pelo Estado, para celebração de contratos, não tinham caráter obrigatório, pois serviam apenas como instruções para os agentes administrativos; isto porque se igualavam o Governo e o particular, em direitos e obrigações, perante o contrato.

A primeira lei que se promulgou dando orientação diferente foi a “Armed Services Procurement Act” (Lei de Contratos para as Forças Armadas), que impõe limites à ação governamental, exigindo publicidade e concorrência, para eliminar abusos e assegurar ao Governo um preço justo e razoável, além de permitir aos diversos empresários igual oportunidade para competirem e participarem dos negócios com o Governo, tal como consta da justificativa da referida lei (cf. Ortiz, 1968:29).

A partir daí, outras leis e regulamentos foram publicados, com objetivos análogos; também a Corte Suprema vem proferindo decisões, reconhecendo força de lei às normas administrativas referentes aos contratos, além de privilégios e poderes para a Administração, como o da decisão unilateral executória, com a consequente compensação pecuniária ao particular prejudicado. Também nos Estados Unidos existem os órgãos administrativos – Board of Contracts Appeals – com poder de decisão dos conflitos decorrentes de contratos com o Estado, em muitos casos sem possibilidade de recursos aos tribunais; suas decisões são publicadas e constituem um

corpo de doutrina citado pelos autores e pelos advogados em suas argumentações perante o Poder Judiciário.

Quanto ao poder regulamentar, não constitui uma atribuição inerente à Administração Pública, pois depende de delegação expressa em cada caso; além disso, as normas regulamentares têm a mesma força de lei, à semelhança do que ocorre na Inglaterra com a “cláusula de Henrique VIII”.

Assinale-se, ainda, a adoção do **princípio da publicidade** dos atos da Administração Pública, que assegura ao público em geral a possibilidade de conhecer os atos do seu interesse, salvo hipóteses de sigilo previamente declarado; assegura-se também a participação do cidadão no procedimento de elaboração dos regulamentos, mediante consultas e conferências para conhecer a opinião dos grupos econômicos interessados, audiências públicas, publicação prévia dos projetos (cf. Garrido Falla, 1970:133).

Não há dúvida, portanto, de que o sistema de *common law* já tem um Direito Administrativo, embora a sua formação e o seu desenvolvimento estejam sendo muito mais lentos. Note-se que, no momento em que se constituíram os Estados Unidos da América, como federação, o povo americano já era senhor dos direitos pelos quais o povo francês teve que lutar. Garrido Falla (1970:129) sintetiza essa diferença de maneira precisa: na Europa, “o Estado de Direito é uma criação historicamente tardia que vem a sobrepor-se às antigas monarquias absolutas centralizadas. A Administração, frente às garantias jurídicas que se introduzem para garantia da liberdade dos súditos, segue, entretanto, atuando como herdeira do antigo Monarca absoluto, com **poderes residuais**. Ao contrário, os Estados Unidos nascem como Estado independente, sendo já Estado de Direito: a liberdade individual não é ali uma conquista frente a um poderoso Estado anterior, senão também um pressuposto do Estado que nasce. O desenvolvimento ulterior faz com que a situação se pareça cada vez mais com a da Europa; porém, o que merece destacar é que isto se consegue através de um processo em que é o Estado que vai conquistando pouco a pouco (em contrapartida das lutas do cidadão europeu por suas liberdades) as suas prerrogativas de poder público”.

Mas também não há dúvida de que, comparando-se os dois sistemas (o europeu continental e o do *common law*), este último ainda utiliza, nas relações da Administração com o funcionário e com o particular, predominantemente, o regime jurídico de direito privado.

1.7 DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

À semelhança do que ocorreu na Europa continental, o Direito Administrativo não nasceu, no Brasil, como ramo autônomo, enquanto esteve sob o regime da monarquia absoluta.

No período colonial, ao tempo das capitanias, os respectivos donatários detinham em mãos poderes absolutos que lhes eram outorgados pelo monarca português e

que abrangiam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça.

Quando da criação do governo-geral, embora se dividissem as atribuições entre o governador-geral (representante do Rei), o provedor-mor (representante do Fisco) e o ouvidor-geral (distribuidor da justiça), ainda assim o primeiro concentrava grande parte dos poderes, inclusive o de legislar e o de presidir a distribuição da justiça, a ponto de atribuir-se ao governador-geral, a partir de 1640, o título de vice-rei. No século seguinte, alguns receberam poderes em matéria cível e criminal, com possibilidade, inclusive, de aplicar a pena de morte.

Com o Império, há uma divisão de funções entre o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Moderador, os dois últimos concentrados em mãos do Imperador.

Já existia, nessa época, uma administração pública organizada, mas **regida praticamente pelo direito privado**, que o Conselho de Estado se limitava a aplicar.

No entanto, já no período imperial, criou-se a cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos, instalada, em 1856, na Faculdade de Direito de São Paulo e regida por José Antonio Joaquim Ribas.

Começa, então, a desenvolver-se o Direito Administrativo graças ao trabalho de doutrinadores, dentre os quais Vicente Pereira do Rego (*Elementos de Direito Administrativo brasileiro*, de 1857), Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral (*Direito administrativo brasileiro*, de 1859), Visconde do Uruguai (*Ensaio sobre o Direito Administrativo*, de 1862), Furtado de Mendonça (*Excerto de Direito Administrativo pátrio*, de 1865), José Rubino de Oliveira (*Epítome do Direito Administrativo pátrio*, de 1865), José Antonio Joaquim Ribas (*Direito administrativo brasileiro*, de 1866), José Higino Duarte Pereira (*Lições de Direito Administrativo*).

Com o início do período republicano, suprime-se o Poder Moderador e a jurisdição administrativa antes atribuída ao Conselho de Estado. A Administração Pública começa a agilizar-se e afastar-se dos moldes do direito privado. No entanto, na primeira fase, foi pobre o trabalho doutrinário desenvolvido no âmbito do Direito Administrativo.

Segundo Ruy Cirne Lima (1982:33), “reside a causa dessa indiferença pelo Direito Administrativo na própria base, sobre que se fez assentar o nosso direito público. Foram as instituições dos Estados Unidos da América e os princípios da *common law* tomados para fundamento do nosso regime jurídico incipiente”. O autor acrescenta que o fundamento estava em contradição com o regime, pois aqui a Constituição de 1891, no artigo 34, nº 23, dividia o direito objetivo em civil, comercial, criminal e processual, enquanto a *common law* abrange, no conceito norte-americano, “os princípios que regem assim de uma parte a justiça repressiva, como, de outra, a direção dos negócios jurídicos e, de outra ainda, a conservação de interesse privado, a regulamentação das instituições domésticas, e a aquisição, fiscalização e transferência da propriedade; toca, destarte, todos os ramos da Ciência do Direito. O resultado dessa contradição é a incerteza das categorias jurídicas no nosso Direito Administrativo: é o desconhecimento de pessoas administrativas,

fora da União, dos Estados e dos Municípios; é o desconhecimento dos limites do domínio público, além dos que lhe assinala a propriedade da União, dos Estados ou dos Municípios; é o desconhecimento da doutrina dos atos administrativos, acima das prescrições do direito privado”.

São dessa fase os trabalhos de Viveiros de Castro (*Tratado de ciência da administração e do Direito Administrativo*, de 1906), Alcides Cruz (*Direito administrativo brasileiro*, de 1910), Manuel Porfírio de Oliveira Santos (*Direito administrativo e ciência da administração*, de 1919), Carlos Porto Carneiro (*Lições de Direito Administrativo*, de 1916) e Aarão Reis (*Direito administrativo brasileiro*, de 1923).

A partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. Instituiu-se, inclusive, um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal. Ao contrário da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista, a de 1934, que se seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assume caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social. O Estado deixa a sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social.

Como consequência, cresce a máquina estatal, pela criação de novas pessoas jurídicas públicas, quer as de capacidade específica para execução de serviços públicos (autarquias), quer as de capacidade genérica (territórios); paralelamente, aumenta o quadro de funcionários públicos necessários para o atendimento das novas tarefas assumidas pelo Estado.

A partir de então, enriqueceu-se o Direito Administrativo com sucessivas obras, das quais, excluídas as monografias, que são inúmeras, destacam-se as de Themístocles Brandão Cavalcanti (*Instituições de Direito Administrativo brasileiro*, de 1936; *Tratado de Direito Administrativo*, de 1948/1949; *Princípios de Direito Administrativo*, de 1945), José Mattos de Vasconcellos (*Direito administrativo*, de 1932), Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo*, de 1939, e *Lições de Direito Administrativo*, de 1943), J. Rodrigues Vale (*Curso de Direito Administrativo*, de 1943), J. Guimarães Menegale (*Direito administrativo e ciência da administração*, de 1950), Fernando Mendes de Almeida (*Noções de Direito Administrativo*, de 1956), José Cretella Júnior (*Direito administrativo do Brasil*, de 1956; *Curso de Direito Administrativo*, de 1964; *Tratado de Direito Administrativo*, de 1966/1972; *Lições de Direito Administrativo*, de 1970), Mário Masagão (*Curso de Direito Administrativo*, de 1959/1960), Carlos S. de Barros Júnior (*Compêndio de Direito Administrativo*, de 1962), Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, de 1964), Manuel Ribeiro (*Direito administrativo*, de 1964), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de Direito Administrativo*, de 1969), Valmir Pontes (*Programa de Direito Administrativo*, de 1968), Luiz Delgado (*Compêndio elementar de Direito Administrativo*, de 1970), Diogo de Figueiredo Moreira Netto (*Curso de Direito Administrativo*, de 1970/1971), Júlio Scantimburgo (*Elementos de Direito Administrativo*, de 1971), Oscar de Oliveira

(*Sinopse de Direito Administrativo*, de 1971), Sérgio de Andréa Ferreira (*Lições de Direito Administrativo*, de 1972), Nelson Schiesari (*Direito administrativo*, de 1975), Celso Antônio Bandeira de Mello (*Elementos de Direito Administrativo*, de 1980), Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*, de 1989), Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, de 1994), Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*, de 1996), José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*, de 2000), Edmir Netto de Araújo (*Curso de Direito Administrativo*, de 2005), Marçal Justen Filho (*Curso de Direito Administrativo*, de 2005).

Atualmente existem inúmeros manuais de Direito Administrativo, como os de Dirley da Cunha Júnior, Irene Patrícia Nohara, Aloísio Zimmer Júnior, Elysis Silva do Nascimento, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Alexandre Mazza, Alexandre de Santos Aragão, Celso Ribeiro Bastos, Raquel Melo Urbano de Carvalho, dentre outros. Também se multiplicaram as monografias em matérias de Direito Administrativo, em razão do crescimento das dissertações de mestrado e teses de doutorado. E ainda inúmeras obras coletivas sobre variados temas do Direito Administrativo.

O Direito Administrativo brasileiro sofreu grande influência do direito alienígena, em especial, nas origens, do francês e italiano e, posteriormente, também do direito alemão, todos inseridos no sistema de base romanística. Porém, também adotou institutos originários do sistema do *common law*. Mais recentemente, vem sofrendo influência do direito comunitário europeu, em que houve encontro dos sistemas de base romanística e do *common law*. É o que se demonstrará no item subsequente.

1.8 O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO SOB INFLUÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO: SISTEMAS DE BASE ROMANÍSTICA, DO COMMON LAW E DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

Embora sob influência do direito francês e de outros direitos enquadrados no sistema de base romanística (direito italiano, alemão, espanhol, português etc.), o regime jurídico administrativo, no Brasil, também sofreu alguma influência do sistema do *common law*, especialmente do direito norte-americano. Mais recentemente, também vem sofrendo influência do direito comunitário europeu, emanado da União Europeia.

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

No período do Império, adotaram-se os princípios do Estado 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, suprime-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 nº 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 jurisprudência 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, 2000, p. 39-69), com base nos ensinamentos de Lafayette Pondé (in *RDA* 178, p. 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 arrepio do artigo 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 *servidões administrativas* a regime jurídico próprio; 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 artigo 14 do Código Civil de 1916; reconhecimento da *teoria do risco*, em termos de responsabilidade civil do Estado, contrariamente à norma do artigo 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 afastou-se do sistema de

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 ideia de ato administrativo, com o atributo da autoexecutoriedade, 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 nº 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 uniproprío do *common law*, o direito brasileiro 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, o 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 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 arrepio 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: afastamo-nos 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 (com as cláusulas exorbitantes, o equilíbrio econômico-financeiro, as teorias da imprevisão, do fato do príncipe e do fato da administração), as formas de delegação da execução de serviços públicos, a ideia 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 paraestatal (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* e também no direito espanhol e português, encontrou inspiração o tema dos conceitos jurídicos indeterminados e do princípio da razoabilidade (relacionados com a matéria de interpretação e discricionariedade administrativa). Foi no direito alemão que se buscou também inspiração para aplicação do princípio da segurança jurídica, especialmente sob o aspecto subjetivo da proteção à confiança. Ainda os temas da constitucionalização dos princípios e da centralidade da pessoa humana (a serem analisados no item subsequente) tiveram inspiração na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, produzindo reflexos importantes sobre o princípio da legalidade, sobre a discricionariedade administrativa e sobre o controle judicial.

Do sistema do *common law*, o Direito Administrativo brasileiro herdou o princípio da unidade de jurisdição, o mandado de segurança e o mandado 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, já aplicado no direito brasileiro. Em fins do século XX, também herdou do sistema do *common law* o fenômeno da agencificação, a própria ideia de regulação e o modelo contratual das parcerias público-privadas.

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.

Também o direito comunitário europeu vem exercendo alguma influência mais recente sobre o direito brasileiro e outros países da América latina, embora não façam parte da União Europeia. Os países que dela fazem parte estão passando por uma série de transformações decorrentes do encontro entre sistemas jurídicos distintos: o sistema de base romanística e o sistema do *common law* (do qual fazem parte a Grã-Bretanha, os Estados Unidos e alguns países da África). Neste último sistema, apenas recentemente se aceitou a existência do Direito Administrativo como ramo autônomo do direito. Porém, não se adotam todos os institutos do Direito Administrativo francês, como o conceito de serviço público de titularidade do Estado, a sujeição dos contratos da Administração com particulares a regime jurídico de direito público, a existência de atos administrativos, o regime diferenciado para os servidores públicos; a própria ideia de responsabilidade civil do Estado somente foi aceita na década de 40 do século passado, mesmo assim sem a extensão adotada no direito francês, no qual se inspirou o direito brasileiro.

Talvez em matéria de bens públicos é que se encontre 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 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 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, muitas 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.

1.9 TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O Direito Administrativo brasileiro sempre se inspirou no direito estrangeiro, como visto no item anterior. Essa inspiração continua presente.

Pelo trabalho da doutrina, seguida, em parte, pela jurisprudência e pela legislação, o direito brasileiro vem sofrendo influência do direito comunitário europeu. Talvez o aspecto em que essa influência se fez sentir de forma mais sensível tenha sido a introdução da ideia de competição na prestação de serviços públicos, com reflexos na legislação sobre telecomunicações, energia elétrica, portos e correios. Muitas das modificações produzidas no Direito Administrativo europeu, por meio de regulamentos, diretivas e decisões jurisprudenciais, adotadas no âmbito da União Europeia, como, por exemplo, a substituição da expressão serviço público por serviço econômico de interesse geral (agora serviço de interesse geral, para abranger também a área social) e as alterações no regime dos contratos administrativos, não conseguiram, por ora, produzir resultados no direito brasileiro (ainda que tenham entusiasmado parte da doutrina), seja em decorrência de normas constitucionais, seja por força da legislação ordinária. Também as fontes do direito, profundamente alteradas no direito comunitário europeu (pelo fortalecimento das fontes internacionais). A influência maior diz respeito aos princípios gerais de direito, como os da subsidiariedade, da segurança jurídica (especialmente quanto ao aspecto da confiança legítima), o da transparência e tantos outros, construídos no direito

nacional dos Estados-membros da União Europeia e por ela incorporados em seu ordenamento jurídico.

De modo geral, as transformações do Direito Administrativo apontadas pelos autores europeus são praticamente as mesmas proclamadas pela doutrina brasileira, como a constitucionalização, a privatização (ou fuga do direito público), a consensualidade, a democratização.

No Direito Administrativo brasileiro, as principais inovações foram introduzidas após a Constituição de 1988 e reforçadas pelas sucessivas Emendas, seja com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob a inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema do *common law* e do direito comunitário europeu, 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.

As principais tendências do Direito Administrativo, no momento atual, serão a seguir analisadas. Muitas delas já constituem realidade, como a constitucionalização do Direito Administrativo, com reflexos sobre o princípio da legalidade, a supremacia dos direitos fundamentais (que conduz à ideia de centralidade da pessoa humana), a democratização da Administração Pública, o movimento de agencificação, a aplicação do princípio da subsidiariedade, a substituição do quadro de servidores públicos por mão de obra terceirizada, a consensualidade, a privatização (ou fuga para o direito privado); outras correspondem a propostas de mudanças, inspiradas no sistema do *common law* e no direito comunitário europeu, muitas vezes difíceis de serem aplicadas no direito brasileiro sem que haja maiores mudanças no ordenamento jurídico, inclusive na Constituição. É o caso do conceito de serviço público (que, no direito brasileiro, não enfrenta a mesma crise que se verifica no direito comunitário europeu, porque previsto na própria Constituição), do princípio da supremacia do interesse público (que está na base de todos os ramos do direito público), do conceito de contrato administrativo, com características próprias, que o diferenciam dos contratos privados (conforme está expresso no direito positivo brasileiro, em relação a todas as modalidades de contratos administrativos, como obras, serviços, compras, alienações, concessões, parcerias público-privadas, e cuja extinção exigiria a alteração de parcela considerável da legislação hoje vigente, inclusive de leis esparsas que tratam de contratos específicos, nas áreas de telecomunicações, energia elétrica, portos, saneamento e tantas outras).

Algumas das transformações ou tendências vêm sendo apontadas por parte da doutrina brasileira que se empolga com inovações impostas pela Comunidade Europeia aos países-membros, sem grandes preocupações em avaliar se essas inovações se amoldam ao direito brasileiro. São mais **propostas** de inovações (*de lege ferenda*) do que inovações efetivamente concretizadas, como ocorre com a chamada crise no conceito de serviço público e com o abrandamento das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.

Serão a seguir analisadas algumas das principais transformações ou tendências do Direito Administrativo (algumas reais, outras não concretizadas), a saber:

1. Constitucionalização do Direito Administrativo, entendida em dois sentidos: (a) elevação, ao nível constitucional, de matérias antes tratadas por legislação infraconstitucional; (b) irradiação dos efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico (cf. Virgílio Afonso da Silva, 2007:48-49).

No primeiro sentido, a **constitucionalização** teve início já com a Constituição de 1934, fortaleceu-se consideravelmente com a Constituição de 1988 e foi reforçada por meio de suas Emendas. A sua leitura é suficiente para demonstrar a quantidade de matérias de Direito Administrativo hoje tratadas em nível constitucional, dentre as quais: previsão dos princípios da Administração Pública e do regime jurídico dos servidores públicos (arts. 37 a 41); regime previdenciário próprio dos servidores públicos (art. 40); previsão de licitação para celebração dos contratos administrativos (art. 37, XXI); ampliação da função social da propriedade para a área urbana (art. 182); diferentes fundamentos para a desapropriação (arts. 5º, XXIV, 182, § 4º, III, 184 e 243); previsão da requisição de bens (art. 5º, XXV), extensão da regra da responsabilidade objetiva às entidades privadas prestadoras de serviço público (art. 37, § 6º); previsão de órgãos reguladores de telecomunicações e de petróleo (art. 21, XX, e art. 177, § 2º, III); previsão do contrato, que se convencionou chamar de contrato de gestão, entre o poder público e administradores de órgãos e entidades públicas (art. 37, § 8º); inclusão de norma sobre gestão associada de serviços públicos, com possibilidade de constituição de consórcios públicos ou convênios, para essa finalidade (art. 241); normas sobre a proteção do patrimônio cultural (art. 216); ampliação das medidas judiciais de controle da Administração Pública, especialmente para proteção de interesses difusos e coletivos, a saber, ações coletivas, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública (arts. 5º, XXI, LXX, LXXIII, e 129, III).

O segundo sentido de constitucionalização do Direito Administrativo produziu reflexos intensos sobre o princípio da legalidade (que resultou consideravelmente ampliado) e a discricionariedade (que resultou consideravelmente reduzida). A constitucionalização de princípios e valores passou a orientar a atuação dos três Poderes do Estado.

Com efeito, desde que formulado, o princípio da legalidade passou por toda uma evolução, acompanhada de perto pelo direito brasileiro.

Com a 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 conseqüente fortalecimento do Poder Executivo. O princípio 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 ideias são inerentes a esse tipo de Estado: *uma concepção mais ampla do princípio da legalidade* e a ideia 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.

O primeiro passo no sentido da constitucionalização dos princípios do Direito Administrativo foi dado pela Lei Fundamental da Alemanha, de 8-5-49, cujo artigo 20, item 3, estabelece que “o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito”. Ideias 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 artigos 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, eficiência, dentre outros. Todos esses princípios e valores são dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só 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*.

A conseqüência da ampliação da legalidade é a **redução da discricionariedade** e, em conseqüência, do mérito do ato administrativo (aspecto concernente à oportunidade e conveniência da decisão diante do interesse público). Essa redução já vinha ocorrendo no decurso do tempo, pela aplicação das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes. Posteriormente, aceitou-se, no direito brasileiro, a **teoria**

dos conceitos jurídicos indeterminados (conceitos plurissignificativos, utilizados nas regras jurídicas, como interesse público, urgência, utilidade pública etc.); tais conceitos eram considerados aspectos de mérito, excluídos da apreciação judicial; hoje se considera que, sendo conceitos jurídicos, são passíveis de interpretação e, portanto, de controle pelo Poder Judiciário. O Judiciário não pode mais alegar, *a priori*, que o termo indeterminado utilizado na lei envolve matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem primeiro que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido e só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. A existência de diferentes opções válidas perante o direito afasta a possibilidade de correção do ato administrativo que tenha adotado uma delas.

A constitucionalização dos princípios da Administração conferiu ao Poder Judiciário e aos demais órgãos de controle a possibilidade de examinar aspectos do ato antes vedados ao Poder Judiciário. Princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros previstos no ordenamento jurídico, são utilizados no controle de atos administrativos, dentro da ideia, já referida, de que a Administração Pública deve obediência não só à lei, mas ao Direito.

Carlos de Cabo Martín (2000:79 ss.) resume o que vem ocorrendo com o princípio da legalidade e, de outro lado, com o controle judicial. Suas observações aplicam-se, em grande medida, ao direito brasileiro.

Quanto à legalidade, o autor espanhol fala em **substituição da legalidade por constitucionalidade**, com a ampliação do âmbito da Constituição e diminuição do âmbito da lei; extensão do âmbito dos direitos e liberdades até entender-se que praticamente todas as questões estão impregnadas dos mesmos, levando a uma contaminação do individualismo; tendência a colocar na Constituição a regulação de todas as matérias, sem deixar muito campo ao legislador; tendência à formação de um direito constitucional de princípios e valores, o que muda a forma de interpretação da Constituição, tornando-a mais complexa e difusa, com prejuízo para a certeza do direito.

Quanto ao controle judicial, o autor fala da **ampliação do conteúdo e efeitos das sentenças**, pelo surgimento da interpretação conforme à Constituição (sentenças interpretativas), da inconstitucionalidade por omissão (sentenças de mera inconstitucionalidade), sentenças que completam o conteúdo da lei (sentenças aditivas). Dentre estas últimas, podemos citar, no direito brasileiro, as sentenças proferidas em mandados de injunção, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

2. Democratização da Administração Pública, pelo fortalecimento da **democracia participativa**, com a previsão de inúmeros instrumentos de participação do cidadão no controle e na gestão de atividades da Administração Pública, o que nem sempre se efetiva na prática.

É inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito a ideia de **participação do cidadão** na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada na Constituição não só

pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa –, como também pela previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXXIII), 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 ideia é reforçada com a introdução do § 3º no artigo 37 da Constituição pela Emenda Constitucional 19/98, que prevê lei que discipline as formas de participação do usuário na administração direta e indireta.

Além da ideia de participação, também contribuem para a democratização da Administração Pública: (a) a **processualização do Direito Administrativo**, com a exigência do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da Constituição) e a promulgação da Lei de Processo Administrativo federal (Lei nº 9.784, de 29-1-99), seguida de leis semelhantes em vários Estados e Municípios; (b) o **princípio da transparência**, no qual se inserem o princípio da publicidade, o direito à informação, a exigência de motivação.

Com efeito, intimamente relacionada com a ideia 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.

3. Profundas alterações no conceito de **discricionariedade administrativa**, ora para ampliá-la (com a defesa da discricionariedade técnica), ora para reduzi-la (como consequência da ampliação do princípio da legalidade).

A discricionariedade costuma 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.

O conceito de discricionariedade não permaneceu estático no tempo. Conforme demonstrado no item sobre constitucionalização do Direito Administrativo, a evolução da discricionariedade acompanhou a evolução do princípio da legalidade. 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 um dos muitos paradoxos do Direito Administrativo:

- a) sob inspiração do direito estrangeiro, os adeptos da Reforma da Administração Pública propugnam pela ampliação da discricionariedade: a ideia 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 apoia 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, 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 artigos 1º a 4º da Constituição. A tal ponto vai a importância dos princípios que a sua inobservância caracteriza ato de improbidade definido no artigo 11 da Lei nº 8.429, de 2-6-92. 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 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. A pretensa “**crise na noção de serviço público**”, pela tendência de transformar serviços públicos exclusivos do Estado em atividades privadas abertas à livre iniciativa e à livre concorrência.

No seio da União Europeia (como também no direito brasileiro, conforme o artigo 170, *caput* e inciso IV, da Constituição) adotam-se como postulados da ordem econômica a liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Em decorrência disso, a Corte de Justiça da União Europeia entende que a ideia de que existam serviços públicos exclusivos do Estado é contrária à ideia de livre iniciativa; e a ideia 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 (ou **liberalização** 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 ideia 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 Europeia 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**, especialmente a universalidade e continuidade. Posteriormente, retrocedeu ainda mais quando substituiu a expressão “serviço de interesse econômico geral” por “serviço de interesse geral”. Vale dizer que retirou da expressão o vocábulo “econômico”, tendo em vista que a União Europeia evoluiu de sua posição original, voltada fundamentalmente

para fins econômicos, para prestigiar também os serviços sociais. Em decorrência disso, Jacqueline Morand-Deville (2013) mostra a aproximação que ocorreu entre o que ela mesma chama de “serviço público à francesa” e o “serviço de interesse geral”.

No direito brasileiro, parte da doutrina entende que a mesma crise do serviço público ocorrida na União Europeia existiria no direito brasileiro. 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 artigo 21, XI e XII. E continua a fazer referência a serviços públicos, especialmente no artigo 175.

O que vem ocorrendo é uma privatização parcial, feita pela legislação ordinária, ao arremio da Constituição, como na legislação de telecomunicações, energia elétrica, correios, portos, em que uma parte da atividade atribuída à União para ser exercida diretamente ou por autorização, permissão ou concessão, está sendo deixada à iniciativa privada.

Independentemente de não se poder adotar no direito brasileiro a mesma solução imposta no direito comunitário europeu (em decorrência de óbices de natureza constitucional), passou-se a defender e a implementar a concorrência na prestação de serviços públicos.

5. Movimento de **agencificação**, com a outorga de **função regulatória às agências reguladoras** instituídas como autarquias de regime especial.

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 do *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 contrariem 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.

A função é *quase judicial* porque as agências resolvem conflitos entre prestadores de serviço ou destes com os usuários. E suas decisões são passíveis de apreciação judicial.

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 obediência 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 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*, em vez 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 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 (tratada em maior profundidade no Capítulo 10, item 10.9.3, deste livro, e no Capítulo 8 do livro de *Parcerias na administração pública*) 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.

6. Aplicação do **princípio da subsidiariedade**, com as seguintes consequências: privatização de empresas estatais, privatização de atividades antes consideradas serviços públicos, ampliação da atividade de fomento, ampliação das formas de parceria do setor público com o setor privado, crescimento do terceiro setor.

O princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção de Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do Estado. Ele se desenvolveu 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, *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II.

Duas ideias 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 ideia, 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 deficiente. Na Constituição atual, contém-se, em termos um pouco diversos, no artigo 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 consequências: (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 nº 11.079/04), o surgimento de novas formas de parceria com a iniciativa privada, os contratos de gestão com as organizações sociais, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (oscip); ainda como consequência, 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 resultado da diminuição de suas atividades.

7. Reforma da Administração, pela instauração da chamada **Administração Pública Gerencial**, que envolve: maior discricionariedade para as autoridades administrativas, substituição do controle formal pelo controle de resultados, autonomia administrativa, financeira e orçamentária; o principal instrumento seria o **contrato de gestão**, que não tem tido o alcance pretendido pelos idealizadores da reforma administrativa, pela falta de promulgação da lei prevista no artigo 37, § 8º, da Constituição.

Os objetivos da reforma ficaram expressos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e da Reformado Estado (Mare, hoje extinto) e aprovado em 21-9-95 pela Câmara de Reforma do Estado. A principal medida proposta seria a transformação da administração pública burocrática pela administração pública gerencial. Para consecução desse objetivo, foram sugeridos: **política de profissionalização do serviço público**; introdução de uma cultura gerencial baseada na **avaliação de desempenho**; atribuição de capacidade gerencial aos dirigentes de órgãos e entidades públicos, por meio de **contratos de gestão**; maior **participação popular** na fixação de políticas públicas; transformação de autarquias e fundações públicas em **agências autônomas**, administradas segundo contratos de gestão; **programa de publicização** para os serviços sociais não exclusivos do Estado, mediante contratos de gestão firmados entre o poder público e entidades públicas não estatais (chamadas de **Organizações Sociais – OS, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs e Organizações da Sociedade Civil – OSC**); para o setor de produção de bens para o mercado, continuidade do programa de privatização; reorganização e fortalecimento dos órgãos dos monopólios naturais privatizados; implantação de contrato de gestão com as empresas que não puderem ser privatizadas.

Parte desses objetivos foi sendo concretizada por meio de emendas à Constituição ou por normas infraconstitucionais. Na esfera constitucional, a EC 19/98 fez várias previsões voltadas para a consecução dos objetivos da Reforma da Administração Pública, muitos deles até hoje não aplicados por falta de legislação que os discipline: (a) inclusão da eficiência entre os princípios da administração (art. 37, *caput*); (b) introdução do § 8º no art. 37 da CF/88, prevendo contratos a serem firmados entre

o poder público e dirigentes de órgãos públicos e de entidades da administração indireta (ainda não disciplinado em lei); (c) previsão de lei disciplinando os direitos dos usuários dos serviços públicos (art. 37, § 3º), matéria parcialmente regulada pela Lei nº 12.527, de 18-11-2011 (Lei de Acesso a Informações); (d) alteração do art. 175, parágrafo único, prevendo lei que institua o estatuto jurídico das empresas estatais e já estabelecendo alguns parâmetros, como sujeição aos princípios da licitação e submissão ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários (dispositivo até hoje não disciplinado em lei); (e) previsão de gestão associada de serviços públicos entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de convênios e consórcios, com a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (art. 241, já disciplinado pela Lei nº 11.107, de 6-4-2005, regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 7-1-2007).

Pode-se dizer que os objetivos da Reforma Administrativa foram parcialmente alcançados, principalmente no que diz respeito à privatização de empresas estatais (ocorrida na década de 90), ao programa de publicização (com o surgimento de inúmeras parcerias com entidades públicas não estatais ou terceiro setor), à regulamentação do direito de acesso à informação (com o que se amplia a participação do cidadão no controle dos atos da administração), à gestão associada de serviços públicos (ainda que sem o alcance inicialmente almejado).

8. Consensualidade: tanto a doutrina europeia como a brasileira ressaltam a procura da consensualidade como novo instrumento de atuação da Administração Pública. Apenas para ilustrar, serão citados alguns autores.

É o caso de Maria João Estorninho (1999:42 ss). Depois de falar sobre o alargamento das tarefas da Administração Pública, no Estado Social, a autora aponta como uma das consequências fundamentais desse processo o fato de ela passar a utilizar o meio de atuação mais típico do direito privado, que é o contrato. Mas, com base na lição de Prosper Weil e Hans Peter Bull, um outro fator que também contribui para o incremento da atividade contratual, que seria o aparecimento de uma nova mentalidade: “No fundo, um dos aspectos que aqui está em causa é o fenómeno de passagem da ‘Administração autoritária’ para a Administração soberana consensual.” E continua: “Assim, ao lado da actuação tipicamente soberana, que autoriza ou impõe unilateralmente, apareceu essa nova figura dogmática da actuação ‘soberana consensual’. Trata-se de uma forma de administração nova, ‘negociada ou contratual’, em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais de autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública.”

Jacqueline Morand-Deville (2012:59) usa a expressão o “tudo contratual” para designar a *contratualização* como um dos fenômenos mais significativos do pós-modernismo jurídico. Ela observa que “nos dias atuais, o recurso à fórmula contratual está ‘na moda’. O ‘tudo contratual’ é compreendido como uma maneira

consensual de administrar em parceria e de melhorar as relações com os cidadãos e entre as próprias pessoas públicas. As relações são mais consentidas do que prescritas. Elas estão ligadas mais em rede do que de maneira piramidal. É uma abordagem pluralista e consensual da ação pública que se manifesta pela externalização, pela regulação e pela negociação”.

No direito brasileiro a mesma tendência se verifica já há algum tempo e vem se acentuando nos últimos anos, pelo aparecimento de novas fórmulas contratuais. Embora continuem a existir os chamados contratos administrativos, disciplinados, de forma muito rígida, pela Lei nº 8.666, de 21-6-1993, pode-se mencionar, no sentido dessa tendência, o surgimento de novas modalidades de gestão de serviços públicos (vários tipos de concessões e de parcerias com o setor privado), a privatização de empresas estatais prestadoras de serviços públicos (com a subsequente outorga de concessão à iniciativa privada), a quebra do monopólio de exploração de petróleo (também com a subsequente outorga de concessão), o incremento da terceirização (inclusive para fornecimento de mão de obra, em substituição ao regime estatutário dos servidores públicos), os termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público e por outros órgãos e entidades públicas, as novas formas de participação do cidadão, por meio de audiências e consultas públicas.

Fernando Dias Menezes de Almeida, em texto sobre *Mecanismos de consenso no Direito Administrativo* (2008:337), demonstra que “o consenso tem íntima relação com a democracia, não integrando o princípio próprio dos regimes autocráticos. O Estado, como fenômeno político, e a administração, como parte desse fenômeno, no contexto de um regime democrático, devem, pois, dedicar-se permanentemente à construção do consenso da comunidade”.

O autor, depois de afirmar que a utilização de mecanismos de consenso na atividade administrativa não se limita ao caso do contrato administrativo tradicional, indica quatro vetores em que se verifica a utilização de mecanismos de consenso:

- a) *a utilização de novas fórmulas convencionais pela Administração Pública, para o estabelecimento de situações subjetivas com particulares, ou com outros entes estatais; seria o caso das novas espécies de concessão (parcerias público-privadas), dos consórcios públicos e dos conexos contratos de rateio e de programa, dos contratos de gestão firmados com organizações sociais, dos termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público;*
- b) *a substituição de mecanismos fundamentados em hierarquia por acordos, nas relações internas da Administração Pública, ou seja, envolvendo os órgãos públicos de uma pessoa administrativa ou de entidades a ela vinculadas; como exemplo, o autor cita o contrato previsto no art. 37, § 8º, da CF/88 (chamado de contrato de gestão pela doutrina);*
- c) *o estímulo à participação dos governados, enquanto destinatários das decisões a serem tomadas pela Administração Pública, no processo decisório;*

seria o caso das audiências e consultas públicas previstas em diversos textos legais;

- d) *o emprego de técnicas baseadas em acordos para a prevenção ou solução de litígios*; os exemplos seriam os termos de ajustamento de conduta negociados pelo Ministério Público, a arbitragem e a mediação.

Na realidade, o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública, contribuindo para a sua democratização. Aliás, pode-se dizer que a tendência para a consensualidade se insere como uma das formas de expressão da *democratização da Administração Pública*.

9. Centralidade da pessoa humana princípio versus princípio da supremacia do interesse público,¹ seja para bani-lo do mundo do direito, seja para reconstruí-lo. O que se alega é a inviabilidade de falar em supremacia do interesse público sobre o particular, diante da existência dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Fala-se em indeterminação do conceito. Fala-se em ponderação de interesses para substituir a ideia de supremacia do interesse público. Defende-se a aplicação do princípio da razoabilidade também em substituição ao da supremacia do interesse público.

Em verdade, os que se opõem à aplicação do princípio da supremacia do interesse público partem de uma errônea interpretação de seu significado. Dão a ele uma generalização que jamais existiu, pois é evidente a impossibilidade de, em qualquer situação de conflito entre o público e o privado, fazer prevalecer o primeiro; se assim fosse, realmente não haveria como garantir os direitos individuais.

Mas também não se pode esquecer que não existe direito individual que possa ser exercido de forma ilimitada. Praticamente todos os direitos previstos na Constituição sofrem limitações que são impostas pelo ordenamento jurídico, precisamente para definir os seus contornos e impedir que o seu exercício se faça em prejuízo dos direitos dos demais cidadãos e da coletividade.

O princípio da supremacia do interesse público está na base de praticamente todas as funções do Estado e de todos os ramos do direito público. Está presente nos quatro tipos de *funções administrativas*: serviço público, fomento, polícia administrativa e intervenção.

Pode-se dizer que ele é inerente ao próprio conceito de *serviço público*; este é *público* porque é de titularidade do Estado, e é de titularidade do Estado porque atende a necessidades coletivas. Daí apontar-se como características do serviço público o elemento subjetivo (titularidade do Estado), o elemento objetivo (prestação de atividades que atendem ao interesse coletivo) e o elemento formal (submissão total ou parcial ao regime jurídico de direito público).

¹ Sobre o assunto, v. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo* (Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010.

O princípio da supremacia do interesse público está também na base da atividade de *fomento*, pela qual o Estado subsidia, incentiva, ajuda a iniciativa privada, exatamente quando considera que o particular merece essa ajuda porque está atuando em benefício do interesse público, paralelamente ao Estado.

O interesse público constitui o próprio fundamento do poder de polícia do Estado e também da atividade de intervenção no domínio econômico; por meio deles, o Estado impõe restrições ao exercício de direitos individuais para beneficiar o interesse da coletividade. É o que ocorre também em relação ao princípio da função social da propriedade, que justifica a imposição de restrições ao exercício do direito de propriedade em benefício do interesse público. Trata-se de restrições, muitas delas previstas na própria Constituição, e que sempre conviveram com os direitos fundamentais. Note-se que o Direito Administrativo nasceu exatamente no período do Estado liberal em que a grande preocupação era a de proteger os direitos individuais frente aos excessos do poder. Por isso mesmo se diz que o Direito Administrativo se caracteriza pelo binômio: liberdade e autoridade.

O princípio da razoabilidade (com as características da *necessidade, proporcionalidade e eficácia*) sempre foi invocado pela doutrina como necessário para que o poder de polícia seja exercido sem eliminar os direitos individuais (v. item 5.7 deste livro). No livro *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988* (2001, Capítulo 5), apontamos doutrina e jurisprudência (bem antiga, por sinal) defendendo a ideia de que a restrição aos direitos individuais tem que ser razoável em relação aos fins a atingir.

A defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Negar a existência desse princípio é negar o próprio papel do Estado.

O princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais. Veja-se que o Direito Administrativo nasceu justamente no período do Estado liberal, cuja preocupação maior era a de proteger os direitos individuais frente aos abusos do poder. Protegeu tanto a liberdade, que acabou por gerar profunda desigualdade social, porque, afinal, os homens não nascem tão livres e iguais como pretendia Rousseau e como foi afirmado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A preocupação com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se. Ele nasceu para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais, mas passou a conviver com eles. Tanto assim é que, paralelamente ao princípio do interesse público, nasceram os direitos sociais e econômicos.

Por isso mesmo, o Direito Administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade/liberdade. A Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos do poder.

Esse binômio autoridade/liberdade está presente em todos os institutos do Direito Administrativo. Na evolução desse ramo do direito, pode o pêndulo do relógio pender mais para um lado do que para o outro. O ideal é que haja um equilíbrio.

Por isso se fala em princípio da razoabilidade. Isto não implica negar o princípio da supremacia do interesse público. Na realidade, a razoabilidade ou proporcionalidade (como preferem alguns), pressupõe a existência de um interesse público a ser protegido. A razoabilidade exige relação, proporção, adequação entre *meios* e *fins*. Quais fins? Os que dizem respeito ao interesse público.

Isto que está sendo dito por alguns pretensos inovadores sempre esteve presente, especialmente no que diz respeito ao poder de polícia. Isto não é novidade. Isto é velho e se conserva novo, atual, porque é indispensável à busca do equilíbrio entre o direito individual e o interesse público.

10. Privatização ou fuga do Direito Administrativo ou fuga para o direito privado. Essa tendência não tem como concretizar-se com a extensão que se possa pretender, tendo em vista que o direito privado, quando utilizado pela Administração Pública, é sempre derogado parcialmente por normas de direito público, muitas delas com fundamento constitucional.

Com efeito, uma das tendências que se nota atualmente é a de ampliar a utilização de institutos do direito privado, com o objetivo de privatizar o 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.

Em parte da doutrina brasileira sente-se uma pressão no sentido de acabar com a existência de um regime jurídico de direito público para os contratos administrativos. Especialmente, quer-se acabar com as chamadas **cláusulas exorbitantes**, que asseguram à Administração Pública determinadas prerrogativas que a colocam em posição de desigualdade perante o contratado. Certamente os doutrinadores adeptos dessa ideia estão mal informados sobre os contratos celebrados pela Administração Pública no sistema da *common law*. Iludem-se ao supor que em tais contratos o Poder Público se coloca em posição de igualdade com os particulares. Embora se afirme que todos os contratos firmados pelo Poder Público têm a natureza de contratos privados, na realidade, neles aparecem prerrogativas muito semelhantes às dos contratos administrativos submetidos, no direito brasileiro, a regime jurídico de direito público (conforme demonstrado no item 1.5). É o caso do poder sancionatório e dos poderes de alteração e rescisão unilateral. Nem poderia ser diferente. Como se pode conceber que a Administração fique impedida de alterar ou rescindir

um contrato que se revele contrário ao interesse do meio ambiente, do patrimônio público, da qualidade do serviço, do avanço tecnológico ou qualquer outro interesse da coletividade? A tese é insustentável e não tem condições de prosperar.

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 privado, cria empresas sujeitas ao regime das empresas privadas, contrata servidores sob regime da CLT.

Por isso mesmo, muitos autores, desde longa data, falam na existência de um *Direito Administrativo em sentido amplo*, que abrange 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, de um lado, garantir 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.

1.10 OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Fazendo um estudo do Direito Administrativo desde o seu nascimento, com o Estado de Direito, até os dias atuais, verifica-se que o seu conteúdo tem variado no tempo e no espaço e que vários têm sido os critérios adotados para a sua conceituação.

Para ter a ideia da diversidade de sua amplitude no espaço, basta comparar o Direito Administrativo próprio do sistema europeu-continentaI e o Direito Administrativo do sistema **anglo-americano**. No primeiro, originário do direito francês e adotado por vários **países europeus** (Itália, Bélgica, Espanha, Portugal, Alemanha Ocidental) e latino-americanos, inclusive o Brasil, o Direito Administrativo tem amplitude muito maior, abrangendo o que Rivero (1984:32) chama de Direito Administrativo **descritivo**, que se preocupa em delimitar o estatuto dos órgãos públicos administrativos do Estado e das coletividades locais, a estrutura dos serviços públicos e os mecanismos dos procedimentos referentes a certas atividades (sua fonte é a lei e o regulamento); é o **Direito Administrativo que rege as relações jurídicas** que nascem da ação da Administração, fixa suas prerrogativas e obrigações, rege as garantias outorgadas aos particulares contra o arbítrio (sua fonte, na França, é a jurisprudência).

Ainda segundo Rivero (1984:34), o Direito Administrativo, nesse sistema, ganhou autonomia, porque é constituído por um corpo de regras e princípios próprios, originais. Em relação ao direito comum, ele é derogatório. Ele não se contenta em considerar problemas não propostos em direito privado, mas ele os resolve fazendo apelo a noções que o direito privado ignora (utilidade pública, potestade pública). Mais ainda, quando surgem problemas que também se apresentam no direito privado (contrato, responsabilidade), ele lhes dá soluções diversas das que lhes dá o Direito Civil, sendo este último traço que lhe imprime **autonomia**.

Mesmo dentro dos direitos filiados ao sistema europeu-continentaI, notam-se algumas diferenças, em especial entre os que adotam e os que não adotam a jurisdição administrativa.

Nos direitos filiados ao sistema anglo-americano, a diferença é muito maior, uma vez que toda a parte que Rivero chama de Direito Administrativo descritivo integra a Ciência da Administração e grande parte das relações jurídicas é regida pelo direito comum.

Além dessa diversidade no espaço, o conteúdo do Direito Administrativo, dentro do mesmo sistema europeu-continentaI, ao qual se filia o direito brasileiro, tem também apresentado variações. De início, a atividade da Administração Pública abrangia apenas a segurança interna e defesa contra o inimigo externo, além de alguns serviços públicos essenciais. O Estado do bem-estar é um Estado mais atuante; ele não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades nas áreas da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo. O Direito Administrativo, nessa fase, amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O conceito de serviço público amplia-se, pois o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares. Além disso, a substituição do Estado liberal, baseado na liberdade de iniciativa, pelo Estado Providência ampliou, em muito, a atuação estatal no domínio econômico, criando novos instrumentos de ação do poder público, para disciplinar

e fiscalizar a iniciativa privada, com base no poder de polícia do Estado, quer para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada, com base no poder de polícia do Estado, quer para exercer atividade econômica, diretamente, na qualidade de empresário. Também sob esse aspecto ampliou-se o conteúdo do Direito Administrativo, a ponto de surgir novo ramo do direito – o direito econômico ou Direito Administrativo econômico – baseado em normas parcialmente públicas e parcialmente privadas.

Mesmo dentro do sistema europeu-continental, ao qual se filia o direito brasileiro, o conteúdo do Direito Administrativo tem apresentado variações. Não é por outra razão que Jean Rivero (1984:32) aponta algumas dificuldades inerentes à aplicação do método comparativo ao Direito Administrativo. A primeira dificuldade por ele apontada “reside no fato de que a própria definição do direito administrativo não tem valor universal. De país a país, o sentido e o conteúdo do direito administrativo variam totalmente. ao passo que o civilista e o constitucionalista não encontram dificuldade em demarcar o objeto do estudo dessas disciplinas e em descobrir, no direito de cada país, a matéria de comparação à qual (eles, os civilistas e os constitucionalistas) se restringem, aquele que quer estudar o direito administrativo esbarra com um problema inicial: a delimitação exata do objeto das pesquisas. Para bem entender isto, é preciso partir da concepção francesa do direito administrativo”.

Odete Medauar (2003:39), falando sobre o encontro das elaborações francesa, alemã e italiana, aponta o **núcleo essencial do Direito Administrativo**, decorrente, sobretudo, de influências recíprocas entre as duas primeiras e dessas sobre o direito italiano. Segundo a autora, “compõem esse núcleo os seguintes temas ou concepções: autoridade do Estado; personalidade jurídica do Estado; capacidade de direito público (competência); propriedade pública; ato administrativo unilateral e executório; direitos subjetivos públicos; interesse legítimo; poder discricionário; jurisdição administrativa; interesse público; *puissance publique*; serviço público; poder de polícia; pessoas jurídicas públicas; fontes do direito – lei e regulamento; centralização – hierarquia; contratos administrativos”.

Se comparados os sistemas de base romanística e do *common law*, as distinções são maiores. Neste último, o objeto do Direito Administrativo é bem menor, abrangendo, fundamentalmente, a matéria referente ao processo administrativo, às agências reguladoras e a alguns temas que, nos sistemas de base romanística, constituem objeto da Ciência da Administração.

No direito brasileiro, constituem objeto do Direito Administrativo, sendo por ele regulado e estudado nos livros de doutrina, os seguintes temas:

- a) Administração Pública, em sentido subjetivo, para abranger as pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, que exercem a função administrativa do Estado; aí entram os órgãos administrativos que integram a Administração Direta, as entidades da Administração Indireta, os agentes públicos;

- b) Administração Pública em sentido objetivo, ou seja, as funções administrativas do Estado, a saber, serviço público, polícia administrativa, fomento, intervenção e regulação;
- c) as entidades paraestatais (como os serviços sociais autônomos) e as entidades do chamado “terceiro setor”, como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPS, as organizações da sociedade civil, as entidades filantrópicas, as declaradas de utilidade pública e outras modalidades com as quais a Administração Pública tenha algum tipo de vínculo;
- d) o regime jurídico administrativo, abrangendo as *prerrogativas*, privilégios e poderes da Administração (a chamada *puissance publique* dos franceses), necessários para a consecução do interesse público, bem como as *restrições* necessárias à garantia dos direitos individuais, em especial as representadas pelos princípios da Administração Pública;
- e) os vários desdobramentos do poder de polícia e do princípio da função social da propriedade, incidentes sobre a propriedade privada, como as diversas formas de intervenção do Estado na propriedade privada (limitações administrativas, tombamento, desapropriação, requisição, servidão administrativa, dentre outras);
- f) a discricionariedade administrativa, especialmente sob o aspecto dos limites de sua apreciação pelo Poder Judiciário;
- g) os meios de atuação da Administração Pública, abrangendo os atos e contratos administrativos, inclusive o processo da licitação; aí se incluem as várias modalidades de acordos de vontade firmados pela Administração Pública, como as diferentes formas de concessão (de serviço público, de obra pública, de uso de bem público, patrocinadas e administrativas, estas duas últimas como espécies de parcerias público-privadas), os convênios, os termos de parceria, os contratos de gestão e outros instrumentos congêneres;
- h) os bens públicos das várias modalidades e respectivo regime jurídico, inclusive quanto às formas de sua utilização por particulares;
- i) o processo administrativo e respectivos princípios informadores;
- j) a responsabilidade civil do Estado;
- k) a responsabilidade das pessoas jurídicas que causam danos à Administração Pública;
- l) o controle da Administração Pública, nas modalidades de controle administrativo, legislativo e jurisdicional;
- m) a improbidade administrativa.

Mais recentemente, outros temas ganham força, como os pertinentes à constitucionalização do Direito Administrativo, à ampliação do controle judicial sobre

aspectos discricionários dos atos administrativos, ao papel do Direito Administrativo na concretização dos direitos sociais e das políticas públicas, com o complexo exame dos limites do controle judicial sobre as omissões do poder público.

Embora tenha havido um crescimento espetacular do objeto do Direito Administrativo, o duplo aspecto do regime jurídico administrativo, constituído pelo binômio “prerrogativas e restrições”, “liberdade e autoridade”, “finalidade de interesse público e proteção dos direitos individuais”, permanece o mesmo, não impedindo a fixação de um conceito do Direito Administrativo aplicável a todas as matérias que compõem o seu objeto.

1.11 MÉTODOS DE ESTUDO

Vários critérios têm sido utilizados no estudo do Direito Administrativo.

1.11.1 ESCOLA LEGALISTA, EXEGÉTICA, EMPÍRICA OU CAÓTICA

Em suas origens, na França, o Direito Administrativo tinha por objeto apenas a interpretação das leis administrativas e atos complementares, que abrangiam matérias concernentes à organização do Poder Executivo e das pessoas jurídicas públicas, às relações entre Administração e administrados, às limitações da liberdade e propriedade, ao domínio público e privado do Estado, às obras públicas, à prestação de serviços excepcionais quanto à saúde, instrução e educação pública, meios de comunicação, transportes em geral e à jurisdição administrativa (cf. O. A. Bandeira de Mello, 2007, v. 1:79).

Os doutrinadores limitavam-se a compilar as leis existentes e a interpretá-las com base principalmente na jurisprudência dos Tribunais administrativos, formando a chamada Escola Exegética, Legalista, Empírica ou Caótica, “para a qual o Direito Administrativo era compreendido como sinônimo de direito positivo” (cf. Cretella Júnior, 1966, v. 1:145).

Era a mesma orientação adotada no direito privado, em decorrência do respeito aos grandes Códigos, em especial o Código Napoleão (de 21-3-1804), considerado imutável e sagrado.

Pertenciam à escola exegética, entre outros, o Barão De Gerando, Macarel, Foucart, De Courmenin, Dufour, Ducroq, Batbie, que influenciaram, no direito brasileiro do Império, o jurista Pimenta Bueno, para quem o Direito Administrativo limitava-se ao complexo de princípios práticos e de leis positivas de um povo, que no contexto imperial era representado pela Constituição (cf. Fernando A. de Oliveira, *RDA* 120/14).

Inúmeras críticas foram opostas ao critério legalista. Nas palavras de Cretella Júnior (1966, v. 1:145), “nem o direito privado está todo contido em seus códigos, nem o Direito Administrativo se esgota nas leis e regulamentos administrativos. O direito

tem uma extensão muito mais ampla, pois compreende os conceitos e princípios produzidos pelo lento e penoso labor científico dos juristas, expostos e fundamentados nos tratados doutrinários e nos repertórios de jurisprudência. A ciência jurídica é um conjunto de princípios e não pode consistir em comentários da legislação positiva”.

Hoje, o método de estudo do direito, idealizado pela Escola da Exegese, tem valor apenas histórico, porque representa o fruto de uma época – a das grandes codificações –, tendo perdurado durante praticamente todo o século XIX, sem condições de prosperar com as transformações sociais, econômicas e filosóficas que foram ocorrendo especialmente a partir de fins daquele século e começo do século XX.

Nas palavras de Miguel Reale (1965:366-367), a concepção da Escola da Exegese, “de repassado otimismo, prevaleceu enquanto perdurou um equilíbrio relativo entre os Códigos e a vida social e econômica. Quanto mais esta se renovava, sob o impacto da Técnica e da nova Ciência; quanto mais se aprofundavam abismos no mundo dos interesses econômicos, mais se sentia a necessidade de recorrer ao subterfúgio ou ao expediente da ‘intenção presumida’ do legislador. Por essa brecha, relações de fato, forças econômicas e morais irrompiam no plano da cogitação do jurista, dando conteúdo à regra insuficiente em sua abstração: – a Escola da Exegese encontrava em si mesma o princípio de sua negação, revelando-se a ‘unilateralidade’ de suas concepções, que puderam prevalecer até e enquanto o mundo das normas constituiu a expressão técnica de uma realidade histórico-social, não dizemos subjacente, mas sim implícita em seu conteúdo”.

1.11.2 O ESTUDO DO DIREITO ADMINISTRATIVO JURISPRUDENCIAL

À fase de simples comentário das leis e regulamentos, seguiu-se, na França, a fase de comentários de julgados (*arrêts*) do Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa francesa. Isso ocorreu pelo fato de esse Conselho criar o direito, permitindo a afirmação de que o Direito Administrativo, na França, é de caráter essencialmente jurisprudencial.

Nas palavras de Fernando Dias Menezes de Almeida (2013:67-68), “não deixam os franceses de produzir teoria – no caso, teoria do Direito Administrativo – porém, fazem-no de modo peculiar: nesse primeiro momento, a teoria do Direito Administrativo é, por um lado, descritiva da organização administrativa, com base em leis e regulamentos; por outro lado, já se faz presente (mas ganhará intensidade em fins do século XIX) o relato faz decisões jurisprudenciais (*arrêts*)”.

Note-se que, no sistema do *common law*, o estudo do direito em geral, inclusive do Direito Administrativo, baseia-se nos precedentes judiciais (*cases*), mais do que no direito positivo e na doutrina.

No direito brasileiro, esse método de estudo do Direito Administrativo praticamente não teve aplicação, pela pequena importância da jurisprudência como fonte do Direito Administrativo.

1.11.3 DIREITO ADMINISTRATIVO E CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO

Autores italianos, espanhóis e portugueses reagiram contra o método de estudo do Direito Administrativo, adotado pela Escola Exegética. Começou-se a ampliar o objeto de estudo do Direito Administrativo, procurando-se fixar os princípios informativos de seus institutos, mas aliando-se a isso o estudo da Ciência da Administração, que envolve matéria de política administrativa e não matéria jurídica propriamente dita. Essa orientação de unir o Direito Administrativo e a Ciência da Administração foi seguida, na Itália, principalmente por Federico Persico e Lorenzo Meucci, na Espanha, por Vicente Santamaria de Paredes e, em Portugal, por Guimarães Pedrosa.

Posteriormente, graças à influência dos próprios doutrinadores italianos (Carlos Francesco Ferraris, Wautrain Cavagnari e Orlando) e dos alemães (Lorenz von Stein e Loening), separou-se a matéria relativa à Ciência da Administração. Isto se deu em decorrência do crescimento de seu objeto de estudo, pois, na segunda metade do século XIX, com a Revolução Industrial, o Estado teve que intervir na ordem social para solucionar os problemas econômicos gerados pelo Estado liberal. Sentiu-se a necessidade de separar essa atividade do Estado, de ingerência na ordem social, da sua atividade de natureza jurídica.

Ficou para o Direito Administrativo a **atividade jurídica** do Estado, tendo por objeto a tutela do Direito, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional e, para a Ciência da Administração, a **atividade social**, incluindo as várias formas de ingerência positiva e direta do Estado-poder nas áreas da saúde, educação, cultura, economia, previdência e assistência social (cf. Cretella Júnior, 1966, v. 1:182). Esta divisão justifica-se plenamente, uma vez que a matéria que constitui objeto da Ciência da Administração é aquela concernente à valoração da interferência do Estado na ordem econômica e social, abrangendo os aspectos da utilidade e oportunidade dessa atuação; enquanto o Direito Administrativo é complexo de normas e princípios jurídicos que regem a organização administrativa em seus vários aspectos, bem como as relações da Administração Pública com os particulares.

Sob certo aspecto, o Direito Administrativo sofreu uma redução em seu objeto, porque toda a matéria concernente à política administrativa, envolvendo estudos sobre utilidade e conveniência de uma ou outra forma de atuação do Estado na ordem social, ficou confiada à Ciência da Administração, que não faz mais parte do currículo dos cursos jurídicos, integrando a Ciência Política. Aliás, no que diz respeito à Ciência da Administração, há duas tendências: uma, seguindo o sistema europeu-continental, inclui essa matéria entre as Ciências Políticas, estudando a Administração sob o aspecto de sua oportunidade, conveniência e adequação aos fins estatais voltados para a intervenção na ordem social; outra, porém, própria do sistema anglo-saxão, não considera a Ciência da Administração como Ciência Política, mas baseada fundamentalmente em fator **técnico**; o seu objeto é o estudo da função administrativa, incluindo o **planejamento**, a **execução** e o **controle**. Nas duas hipóteses, a Ciência da Administração é autônoma em relação ao Direito Administrativo.

1.11.4 CRITÉRIO TÉCNICO-CIENTÍFICO DE ESTUDO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

À medida que se reduziu o objeto do Direito Administrativo às matérias de natureza jurídica, a sua construção doutrinária passou a ser feita de forma muito mais sistemática e científica com a preocupação de definir os seus institutos específicos e princípios informativos.

Na França, sem abandonar-se o apego à análise da jurisprudência do Conselho de Estado, os autores passaram a sistematizar a matéria de Direito Administrativo, como se observa pelas obras de Georges Vedel, Jean Rivero, André de Laubadère, dentre outros.

Esse trabalho científico foi desenvolvido em grande parte com a contribuição dos juristas alemães, dentre os quais Carl Friedrich Gerber, G. Meyer, Sarwey, Loening e, principalmente, Otto Mayer, considerado o “verdadeiro pai do **Direito Administrativo alemão**” (cf. Retortillo, 1959:715). É verdade que esse autor foi influenciado pelo direito francês, tendo publicado, em 1886, o livro *Direito administrativo francês*, divulgando, na Alemanha, a legislação e a doutrina que a França adotava na época. Só que o seu trabalho foi sensivelmente enriquecido pelo cunho científico que lhe imprimiu, atribuindo ao Direito Administrativo instituições jurídicas próprias, diversas das pertinentes ao Direito Civil.

A sistematização doutrinária do Direito Administrativo alemão, baseada em método técnico-jurídico, estava, dessa forma, afastada da orientação seguida pela escola legalista, que adotava o método exegético.

Com a mesma orientação científica, citem-se, na Itália, Orlando, Errico Presutti, Oreste Ranelletti, Attilio Bruniatti, Federico Cammeo. Na França, Maurice Hauriou, Henri Berthélemy, Léon Duguit, Gaston Jèze e Roger Bonnard.

No direito brasileiro, esse tem sido o método preferido pelos doutrinadores do Direito Administrativo, como se verifica pelas obras de Mário Masagão, Themístocles Brandão Cavalcanti, José Cretella Júnior, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros.

1.12 FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A matéria pertinente às fontes do direito constitui objeto de estudo da teoria geral do direito. No entanto, é importante a análise do assunto na área do Direito Administrativo, pelas peculiaridades de algumas de suas fontes.

No direito francês, a principal fonte do Direito Administrativo, desde que este ganhou a sua autonomia, foi a **jurisprudência** emanada dos órgãos do contencioso administrativo, em especial do seu órgão de cúpula, o Conselho de Estado. Não é por outra razão que se afirma que o Direito Administrativo francês é de *origem pretoriana*. No entanto, como acentua Jacqueline Morand-Deville (2012:51-56),

“a importância da jurisprudência do Conselho de Estado entre as fontes do Direito não é mais tão forte quanto antigamente”. Ela aponta vários fatores para essa mudança, dentre eles: (i) de um lado, a *inflação legislativa e regulamentar*, como fenômeno recorrente que se acelerou nos últimos anos, em cerca de 35% do número anual de leis e de 25% do número de decretos; (ii) de outro lado, o peso das *fontes internacionais*, especialmente do direito comunitário europeu (tratados, decisões jurisprudenciais da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, e o “direito derivado”, composto pelos atos praticados pelas instituições comunitárias, abrangendo pareceres, recomendações, regulamentos e diretivas).

No sistema do *common law*, a jurisprudência constitui a fonte primordial do direito.

Embora o Direito Administrativo francês tenha inspirado consideravelmente o Direito Administrativo brasileiro, não o fez no que diz respeito ao papel da jurisprudência como fonte primordial do direito. E o sistema de unidade de jurisdição, adotado no Brasil por influência do direito norte-americano, não veio acompanhado do papel da jurisprudência como principal fonte do direito, nem no Direito Administrativo, nem em qualquer outro ramo do direito. Aqui, a principal fonte do direito é a lei.

São muitas as classificações das fontes do direito adotadas pela doutrina nacional e estrangeira. Levaremos em conta, nesta obra, a classificação das fontes do Direito Administrativo adotada pelo jurista argentino, Agustín Gordillo (1998:capítulo VI). Ele classifica as fontes em *supranacionais* e *nacionais*. As primeiras compreendem os *tratados* e as *convenções* (como a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Convenção Interamericana contra a Corrupção) e os *princípios jurídicos supranacionais* (como o da defesa em juízo, o da razoabilidade, o do devido processo legal nos sentidos objetivo e subjetivo, como controle das demais fontes). As fontes nacionais são a *Constituição*, a *lei*, os *regulamentos*, a *jurisprudência*, o *costume* e a *doutrina*, as três últimas como fontes formais.

Em outro ponto de sua obra, Gordillo (1998, capítulo 5, item 4.1) distingue as *fontes formais* das *fontes materiais*. As primeiras “seriam aquelas que diretamente passam a constituir o direito aplicável, e as segundas as que promovem ou originam em sentido social-político às primeiras”. As fontes formais, para o autor, são os tratados, a Constituição, as leis, os regulamentos; e as fontes materiais são a jurisprudência, a doutrina e o costume.

A partir dessa classificação, serão a seguir analisadas as principais fontes do Direito Administrativo brasileiro, adotando-se a distinção entre *fontes formais* (as que constituem propriamente o direito aplicável, abrangendo a Constituição, a lei, o regulamento e outros atos normativos da Administração Pública, bem como, parcialmente, a jurisprudência) e *fontes materiais* (as que promovem ou dão origem ao direito aplicável, abrangendo a doutrina, a jurisprudência e os princípios gerais de direito).

1ª) A CONSTITUIÇÃO

A Constituição (com respectivas Emendas) constitui a fonte primeira do Direito Administrativo. No direito brasileiro, pode-se falar em *Constituições*, tendo em vista que, adotando o Estado Brasileiro a forma federativa, existem, além da Constituição da República, as Constituições dos Estados-membros e as leis orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios.

Conforme visto no item pertinente às transformações do Direito Administrativo, grande parte dos institutos do Direito Administrativo brasileiro tem fundamento constitucional, a exemplo da desapropriação, tombamento, requisição, regime do servidor público, regime previdenciário do servidor público, princípios da Administração Pública, licitação, administração pública direta e indireta, controle, direito à informação, serviço público etc.

Uma das características do Direito Administrativo é o fato de ser ele concretizador da Constituição, porque é por meio da legislação, doutrina e jurisprudência do Direito Administrativo que se dá efetividade a preceitos constitucionais. Quando o legislador se omite, a Constituição deixa de ser cumprida. Com a constitucionalização do Direito Administrativo, acentuada na Constituição de 1988 e ainda mais fortalecida por meio de Emendas constitucionais, cresceu de importância a Constituição como principal fonte do Direito Administrativo. Fala-se em substituição da *legalidade por constitucionalidade*.

Nas palavras de Carlos de Cabo Martín (2000:80), “a substituição do princípio da legalidade pelo da constitucionalidade como eixo do ordenamento jurídico se vê potencializada pelo que se pode chamar a tendência para a *hiperconstitucionalização* do sistema; trata-se de estender progressivamente o âmbito e aplicação da Constituição, reduzindo simultaneamente os da lei. Esta hiperconstitucionalização segue normalmente duas vias: uma é a da extensão dos direitos e liberdades até entender que praticamente todas as questões estão impregnadas dos mesmos.....; a outra é o intuito de encontrar na Constituição a regulação de todas as matérias, sem margem ou com margens cada vez mais reduzidas para o legislador (para o princípio democrático)”.

2ª) A LEI

A Constituição de 1988 prevê a *legalidade* como um dos princípios a que se submete a Administração Pública direta e indireta. Nem poderia deixar de fazê-lo, tendo em vista que o Estado de Direito, referido já no preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º, tem o princípio da legalidade como um dos seus fundamentos, ao lado do princípio da judicialidade (exigência de controle judicial), que decorre do artigo 5º, XXXV, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”. Sem esses dois princípios, não é possível falar em Estado

de Direito, pois eles constituem as principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isso porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

No artigo 5º, inciso II, determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em vários dispositivos, exige-se lei. A título de exemplo, cite-se a exigência de lei para a criação de cargos, funções ou empregos públicos, organização administrativa e judiciária, criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública, militares das Forças Armadas (art. 61, § 1º, inciso II, *a, b, e, f*), reserva de cargos para portadores de deficiência (art. 37, VIII), casos de contratação por tempo determinado (art. 37, IX), fixação e alteração de remuneração dos servidores (art. 37, X), instituição do regime previdenciário do servidor (art. 40, § 15), para mencionar apenas alguns exemplos aplicáveis no âmbito do Direito Administrativo.

Quando a Constituição exige lei, logo se pensa nas *leis ordinárias*. No entanto, quando se fala em lei como fonte do Direito Administrativo, tem-se que considerar as várias espécies normativas referidas no artigo 59, I a V, da Constituição, abrangendo as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas e as medidas provisórias.

E tem-se também que verificar a distribuição de competência legislativa, feita pela Constituição, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Em algumas matérias pertinentes ao Direito Administrativo, a União dispõe de competências privativas, previstas no artigo 22, como desapropriação (inciso II), requisições civis e militares (inciso III), serviço postal (inciso V), diretrizes da política nacional de transportes (inciso IX), regime de portos, navegação lacustre fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (inciso X), trânsito e transporte (inciso XI), normas gerais de licitação e contratação (inciso XXVII), dentre outras.

Em outras hipóteses, a Constituição prevê a competência legislativa concorrente da União e Estados, como ocorre no artigo 24, para a legislação sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI), responsabilidade por dano ao meio ambiente (inciso VIII), educação, cultura, ensino e desporto (inciso IX), assistência jurídica e defensoria pública (inciso XIII), proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (inciso XIV), proteção à infância e à juventude (inciso XV). Nessas matérias de competência concorrente, os Estados têm que observar, em suas leis, as *normas gerais* contidas na legislação federal; na omissão desta, os Estados exercem a competência legislativa plena (art. 24, §§ 1º a 4º).

Os Municípios também têm competência legislativa prevista no artigo 30, em especial em assuntos de interesse local (inciso I) e na suplementação da legislação federal e estadual, no que couber (inciso II).

Portanto, quando se fala na lei como fonte do Direito Administrativo brasileiro, tem-se que observar as leis conforme a distribuição de competências prevista na Constituição Federal.

3º) OS ATOS NORMATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dentre as fontes do Direito Administrativo, inserem-se inúmeros tipos de atos normativos emanados da própria Administração Pública. Eles são expedidos, seja pelo Chefe do Poder Executivo, seja por órgãos da Administração direta, seja por entidades da Administração indireta. Todos esses atos normativos podem ser enquadrados na categoria de *regulamento*, em sentido amplo, embora o poder regulamentar, por excelência, incumba ao Chefe do Poder Executivo das três esferas de governo (art. 84, IV, da Constituição Federal, repetido nas Constituições estaduais e leis orgânicas distritais e municipais). Este tipo de Regulamento se formaliza mediante decreto. Mas existem outros tipos de atos normativos com caráter regulamentar, expedidos por órgãos ou entidades da Administração Pública, como as **resoluções, portarias, instruções, circulares, regimentos, ordens de serviço, avisos**, além de atos normativos do Legislativo e do Judiciário, praticados no exercício de função administrativa. É o caso dos **decretos legislativos e resoluções do Legislativo**, bem como dos **provimentos dos Tribunais** em matéria de sua respectiva competência. Ainda podem ser mencionados os **pareceres normativos** e as súmulas editadas no âmbito administrativo, com efeitos vinculantes para toda a Administração Pública. Todos esses têm em comum o fato de produzirem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos, alguns com efeitos internos ao ente que os baixou, outros com efeitos externos. Todos eles subordinam-se hierarquicamente à Constituição e à lei.

A maior parte desses atos, a partir do decreto, pode ter efeitos concretos, quando solucionam casos individuais. Mas, como fontes do direito, interessam os que têm efeito normativo, vinculando as decisões futuras. Constituem fontes do Direito Administrativo, porque têm caráter obrigatório, vinculando toda a Administração Pública. No entanto, podem ser objeto de impugnação perante o Poder Judiciário, se contrariarem normas de hierarquia superior, como a lei, a Constituição Federal ou a Constituição Estadual.

O **regulamento** será analisado de forma mais detida no Capítulo 3, item 3.4.1. Abrange duas modalidades: o **executivo** e o **independente ou autônomo**. O primeiro complementa a lei, ou, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, contém normas “para fiel execução da lei”. Ele não pode estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição); ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.

Conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013:355-256), o regulamento existe quando a lei deixa um espaço para que a Administração Pública decida discricionariamente a maneira como deve ser cumprida a lei. Para ele, “ditas normas são requeridas para que se disponha sobre o modo de agir dos órgãos administrativos, tanto no que concerne aos *aspectos procedimentais* de seu comportamento quanto no que respeita aos *critérios que devem obedecer em questões de fundo*, como condição para cumprir os objetivos da lei”. O autor enfatiza, citando a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, algumas características do regulamento: (a) “onde não houver espaço para uma atuação administrativa, não haverá cabida para regulamento”; (b) “onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercitada (discricionariedade) – por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecidas em termos de objetividade absoluta – não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente”; (c) “o regulamento executivo, único existente no sistema brasileiro, é um meio de disciplinar a *disciplina administrativa*, vale dizer, de regular a liberdade relativa que viceje no interior das balizas legais, quando a Administração esteja posta na contingência de executar lei que demande ulteriores precisões”.

O regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia. Tem aplicação muito limitada no direito brasileiro, conforme se verá no item 3.4.1 deste livro.

Qualquer que seja o tipo de regulamento, ele constitui fonte do Direito Administrativo, na medida em que vincula a Administração Pública (inclusive a autoridade que o expediu) e vincula a todos os destinatários de suas normas.

As **resoluções, portarias, deliberações, instruções, circulares, regimentos, provimentos** são editados por autoridades outras que não o Chefe do Executivo. Não se pode deixar de fazer referência aos chamados *pareceres normativos* e às *súmulas* adotadas no âmbito administrativo, com força vinculante para as decisões futuras.

É comum que determinadas autoridades administrativas, ao decidirem um caso concreto, com fundamento em parecer proferido por órgão técnico ou jurídico, estabeleçam que a decisão é obrigatória para os casos futuros, da mesma natureza. Na realidade, não é o parecer que é normativo, mas o despacho em que se fundamenta o parecer. Situação muito semelhante ocorre com as *súmulas*.

No âmbito da Advocacia Geral da União, existem exemplos de pareceres normativos e de *súmulas*, previstos na Lei Complementar nº 73, de 10-2-93; seu artigo 40, nos §§ 1º e 2º, prevê que o parecer do Advogado Geral da União, aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento; se aprovado, mas não publicado, o parecer obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. Também são vinculantes os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário Geral e

pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado Maior das Forças Armadas; tais pareceres obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Pelo artigo 43, a Súmula da Advocacia-Geral da União, que deve ser publicada no *Diário Oficial da União* por três dias consecutivos, tem caráter obrigatório quanto aos órgãos jurídicos enumerados nos artigos 2º e 17 da Lei, o que abrange todos os órgãos integrantes da instituição, inclusive os das autarquias e das fundações públicas.

No âmbito de algumas leis orgânicas de Procuradorias estaduais, existe previsão também de súmulas que consagram o entendimento do órgão jurídico sobre determinada matéria. É o que consta da Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 478, de 18-7-86), cujo artigo 6º, inciso X (alterado pela Lei Complementar nº 1.082, de 17-12-2008), outorga ao Procurador-Geral do Estado competência para “examinar as súmulas de jurisprudência administrativa e submetê-las à aprovação do Governador do Estado”.

No artigo 87, parágrafo único, II, da Constituição, está prevista a competência dos Ministros de Estado para “expedir **instruções** para a execução das leis, decretos e regulamentos”. Há, ainda, os **regimentos**, pelos quais os órgãos colegiados estabelecem normas que têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor. Não têm o mesmo alcance nem a mesma natureza que os regulamentos baixados pelo Chefe do Executivo.

Há que se mencionar ainda a **função normativa** atribuída às agências reguladoras em matéria de telecomunicações e de petróleo; as Emendas Constitucionais nºs 8/95 e 9/95 alteraram, respectivamente, a redação dos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, da Constituição, para prever a promulgação de leis que disponham sobre a exploração dessas atividades e a instituição de seu órgão regulador. Com base nesses dispositivos, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472, de 26-12-96) e a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478, de 6-8-97), atribuindo função normativa a ambas as agências.

Além disso, leis ordinárias foram criando outras agências reguladoras, algumas com funções ligadas a concessões, como é o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei nº 9.427, de 26-12-96), outras com funções de polícia em áreas específicas, a exemplo da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984, de 17-7-2000), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782, de 26-1-99), Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961, de 29-1-2000), além de agências criadas nos âmbitos estadual e municipal. Isso significa que esses órgãos reguladores exercerão função normativa, porém dentro dos limites decorrentes do princípio da legalidade. Normalmente, as agências exercem essa função por meio de resoluções ou portarias.

Inúmeros órgãos da administração direta e entidades da administração indireta também recebem de suas leis instituidoras competência para regular os assuntos a elas afetos.

Todos esses órgãos e entidades expedem atos normativos por meio de resoluções, portarias, instruções, circulares e outras modalidades.

Tais atos normativos, desde que expedidos com observância da Constituição e das leis, vinculam as autoridades administrativas. Os atos que os contrariem padecem do vício de ilegalidade, sendo passíveis de correção pelos órgãos de controle, inclusive pelo Poder Judiciário. No entanto, os próprios atos normativos baixados na esfera administrativa são passíveis de apreciação judicial, quando eivados de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

4ª) A JURISPRUDÊNCIA

No direito brasileiro, a jurisprudência, como fonte do Direito Administrativo, não apresenta o mesmo significado que no direito francês ou no sistema do *common law*. No direito francês, de dualidade de jurisdição, o órgão de cúpula da jurisdição administrativa – o Conselho de Estado –, bem como o Tribunal de Conflitos (que resolve os conflitos de atribuição entre as duas jurisdições) criam princípios, teorias e institutos, preenchendo as lacunas da lei. Principalmente na origem da jurisdição administrativa francesa, o seu papel foi muito mais de **integração** do direito do que de interpretação de legislação, ainda praticamente inexistente em matéria de Administração Pública. O seu papel foi de **criação do direito**. Por isso se diz que o Direito Administrativo francês é de formação pretoriana.

Esse papel do Conselho de Estado francês é realçado por Jacqueline Morand-Deville (2012:51) quando afirma que “uma das características do Direito Administrativo francês foi durante muito tempo sua *origem pretoriana* e a importância da jurisprudência do Conselho de Estado – e às vezes a do Tribunal de Conflitos – no estabelecimento dos grandes princípios desse ramo jurídico. Tal como a amplamente conhecida indagação ‘quem nasceu primeiro: o ovo ou a galinha?’, não se sabe dizer se é a existência de uma jurisdição administrativa autônoma que está na origem do Direito Administrativo ou se é o inverso. E, sem evidência de falsa modéstia, há que se reconhecer que a construção paciente à qual se dedicou o Conselho de Estado francês ao longo de todo o século XX consiste em uma fonte de criatividade – ele prefere referir-se à ‘revelação’ – notável”.

Também no sistema do *common law*, a jurisprudência desempenha importante papel como fonte do direito, uma vez que os precedentes judiciais têm força obrigatória para os casos futuros (princípio do *stare decisis*).

No direito brasileiro, o papel da jurisprudência como fonte do direito ainda é muito modesto. O juiz atua muito mais como intérprete do direito positivo do que como criador do direito. Por isso mesmo, melhor se adapta ao direito brasileiro a definição dada à jurisprudência, como fonte do direito, por Agustín Gordillo (1998, capítulo VII, item 18.1), quando afirma que “a jurisprudência não é o conjunto de normas e princípios imperativos contidos nas decisões dos órgãos jurisdicionais, mas sim as interpretações reiteradamente concordantes da ordem jurídica positiva feitas por órgãos jurisdicionais”. Ou, nas palavras de Edmir Netto de Araújo (2014:65), “trata-se de fonte *mediata* de produção do Direito, consistente na orientação dada

pelos Tribunais à solução de casos concretos, em importantíssima atividade interpretativa, cuja relevância na prática forense é evidente: os magistrados seguem, quase sempre, os paradigmas nas suas decisões, e os advogados procuram adaptar suas razões à argumentação de casos já decididos anteriormente”.

Quando se estuda a evolução do Direito Administrativo brasileiro, a exemplo do que fizemos em trabalho sobre os *500 anos do Direito Administrativo* (2000:39-69) encontram-se alguns exemplos de institutos criados pela jurisprudência, como a desapropriação indireta, o concessão de uso de bens públicos, a teoria brasileira do *habeas corpus*, a servidão administrativa, o regime estatutário dos servidores, a teoria dos contratos administrativos, as teorias da imprevisão e do fato do príncipe, dentre outros exemplos. Foram institutos que se consolidaram quando não havia leis que os disciplinassem. Contudo, não se pode afirmar que as decisões judiciais, mesmo com relação a tais institutos, tivessem força vinculante para os juízes ou para a Administração Pública.

No entanto, não há dúvida de que a jurisprudência foi crescendo de importância no direito brasileiro, não só para o Direito Administrativo, mas para todos os ramos do direito. Nos livros de doutrina, nos trabalhos da advocacia, pública e privada, e mesmo nas decisões judiciais, nota-se preocupação em mencionar precedentes judiciais, especialmente decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ainda que estes não tenham caráter vinculante.

Já começam a surgir exemplos de decisões judiciais de observância obrigatória, não só para o caso concreto analisado (quebrando o princípio de que a sentença faz lei apenas entre as partes), mas para todos os casos futuros iguais; são as hipóteses de **sentenças com efeito erga omnes**, como ocorre nas ações coletivas, na ação popular, na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo.

Ainda é o que ocorre na hipótese do artigo 102, § 2º, da Constituição (com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-04 – Emenda da Reforma do Judiciário), que atribuiu efeito vinculante às decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, das esferas federal, estadual e municipal.

E há ainda as chamadas **súmulas vinculantes** introduzidas no direito brasileiro também pela Emenda Constitucional nº 45/04, conforme artigo 103-A, em cujos termos “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. Se alguma decisão administrativa ou judicial contrariar a súmula vinculante, cabe *reclamação administrativa* ao Supremo Tribunal Federal

que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, § 3º).

A Lei nº 9.784, de 29-1-99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, contém norma sobre a súmula vinculante nos artigos 64-A e 64-B, introduzidos pela Lei nº 11.417, de 19-12-06.²

Dentro da mesma tendência de ampliar a força vinculante das decisões judiciais, a Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45/04, veio prever, no artigo 102, § 3º, um requisito para propositura de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, ao determinar que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. O CPC, por sua vez, veio disciplinar a matéria no artigo 543-A (art. 1.035 do novo CPC), determinando que “o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo”.

Haverá **repercussão geral** quando o recorrente demonstrar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que “ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (art. 543-A, § 1º, correspondente ao art. 1.035, § 1º, do novo CPC) ou quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (§ 3º). Veja-se que, não só o desrespeito à súmula vinculante pode ser suficiente para demonstrar a ocorrência de repercussão, mas também o desrespeito à “jurisprudência dominante”, que passa a ter efeito vinculante. Pelo § 3º do artigo 1.035 do novo CPC, “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II – tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos; III – tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”.

Se for negada a repercussão geral, “a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (§ 5º). Vale dizer que a decisão produzirá efeito *erga omnes*. Pelo artigo 1.035, § 8º, do novo CPC, “negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem

² O artigo 64-A determina que “se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso”. E o artigo 65-A estabelece que “acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”.

negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica”.

Outro exemplo que bem ilustra a força que vêm ganhando as decisões judiciais é dado por Thiago Marrara (2010:255): é o que ele chama de “*ressurreição do mandado de injunção*” (utilizando expressão empregada em reportagem de Rodrigo Haidar na *Revista Consultor Jurídico* de 27-7-09), na medida em que “passou o Supremo Tribunal Federal a exercer seu papel de ‘legislador *ad hoc*’ nos casos em que ‘a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ (art. 5º, LXXI, CF). Isso ocorreu quando o Supremo, em agosto de 2007, deu concretude à Constituição no tocante ao direito de servidores públicos terem contagem diferenciada de tempo de serviço em razão de atividade insalubre e, em outubro do mesmo ano, determinou a aplicação de normas da Lei de Greve (Lei nº 7.783/89) aos casos de greve no serviço público até que o Congresso venha a editar a tal ‘lei específica’ prevista no art. 37, inciso VII, da CF com redação dada pela Emenda nº 19, de 1998. Essas duas decisões refletiram uma grande mudança de postura do Judiciário e geraram o que se chamou de ‘ressurreição do mandado de injunção’, antes utilizado timidamente pelos advogados”.

Nas hipóteses em que produz efeito vinculante, a jurisprudência tem a natureza de **fonte formal**, porque integra o direito a ser aplicado pelos juízes e pela Administração Pública.

No entanto, como regra geral, a jurisprudência não constitui fonte obrigatória do Direito Administrativo brasileiro, mas meramente indicativa, facultativa ou orientadora para decisões futuras do Judiciário e da Administração Pública. Ela seria **fonte material** do direito.

5ª) A DOUTRINA

Na citada classificação de Gordillo, a doutrina tem a natureza de *fonte material*, porque ela não integra o direito aplicável, mas serve de fundamentação e de orientação para as decisões administrativas e judiciais, como também serve de inspiração para o legislador. O papel da doutrina como fonte do Direito Administrativo também é mais de orientação, de fundamentação ou de referência para as decisões judiciais e administrativas.

Mas foi muito relevante o papel da doutrina para a formação do Direito Administrativo brasileiro. Isso porque os doutrinadores foram buscar no direito estrangeiro (seja no sistema de base romanística, seja no sistema do *common law*) determinados princípios, teorias e institutos que não eram previstos nem disciplinados pelo direito positivo. Foi o caso da teoria dos contratos administrativos, com suas cláusulas exorbitantes, bem como das teorias paralelas do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, da imprevisão, do fato do príncipe, do fato da Administração; essas teorias eram amplamente analisadas pelos doutrinadores e aplicadas pelos tribunais, muito

antes de existir uma lei de licitação e contratos semelhante à atual Lei nº 8.666/93. Foi também o caso de toda a teoria dos atos administrativos, com seus atributos de presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade, bem como toda a teoria das nulidades dos atos administrativos e dos institutos da revogação, anulação e convalidação, sempre estudados pelos doutrinadores e aplicados nas esferas administrativa e judicial; hoje a matéria está em grande parte disciplinada pelas leis de processos administrativos, que não existem em todos os Estados e Municípios, mas não impedem a utilização dos referidos institutos. A desapropriação indireta, até hoje não prevista em lei, tem sido amplamente tratada nos livros de Direito Administrativo, utilizada pela Administração Pública e reconhecida pelos tribunais. Outro exemplo de antecipação da doutrina ao direito positivo é o da responsabilidade objetiva do Estado, adotada muito antes de sua previsão constitucional e até mesmo contrariando a norma do artigo 15 do Código Civil de 1916, que previa a responsabilidade subjetiva; somente com a Constituição de 1946 é que ficou consagrada a regra da responsabilidade objetiva no âmbito constitucional.

A evolução do Direito Administrativo brasileiro partiu da doutrina para a jurisprudência (administrativa e judicial) e para o direito positivo. Essa evolução foi reconhecida por Fernando Dias Menezes de Almeida, em sua tese sobre a *formação da teoria do Direito Administrativo no Brasil*, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção, com sucesso, do título de Professor Titular de Direito Administrativo.

Isso quer dizer que as lacunas das leis do Direito Administrativo foram preenchidas pelo trabalho da doutrina e da jurisprudência. Embora sem caráter vinculante, a doutrina desempenhou importante papel como *fonte material* do Direito Administrativo, na medida em que as construções doutrinárias foram sendo incorporadas pelo direito positivo. Por outras palavras, a doutrina foi, em muitas matérias, a fonte inspiradora da elaboração legislativa.

6ª) O COSTUME

No sistema do *common law*, a exemplo do que ocorre no direito inglês principalmente, o costume constitui importante fonte do direito em geral. Não é o que ocorre no Direito Administrativo brasileiro.

Talvez por isso mesmo, nem todos os autores incluem o costume entre as fontes do direito e, muito menos, do Direito Administrativo.

Thiago Marrara (2010:255) define o costume como “uma prática reiterada ao longo de um período razoavelmente longo” e observa, com base na lição de Ossenbühl, que, no direito, “para que o costume se transforme em fonte, é preciso mais que esse simples elemento. Com efeito, além da prática reiterada (*longa consuetudo*), designada como elemento objetivo, exige-se o reconhecimento de seu poder normativo, ou seja, o convencimento, pela doutrina e pelos Tribunais, da necessidade da prática (*opinio juris* ou *opinio necessitatis*), designante do elemento subjetivo,

bem como a possibilidade de formulação da prática reiterada como norma jurídica (elemento formal)”.

No entanto, no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, o costume – como prática reiterada da atuação administrativa – tem aplicação praticamente nula. Isso em decorrência de vários fatores: de um lado, a constitucionalização do Direito Administrativo, que coloca na Constituição o fundamento da maior parte dos institutos desse ramo do direito; de outro lado, pela aplicação do princípio da legalidade, entendida em sentido amplo (que abrange as leis, os atos normativos da Administração Pública, os valores e princípios constitucionais), que obriga a Administração a procurar no ordenamento jurídico o fundamento para as suas decisões.

Quando muito, os costumes vigentes em outros ramos do direito, como o internacional e o comercial, devem ser observados pela Administração Pública. É o entendimento de Thiago Marrara (2010:251-252), que adoto: “Se costumes de outra natureza forem considerados verdadeiras fontes de direito, tais costumes também deverão ser considerados pelo Estado dentro do bloco normativo que rege suas condutas. Imagine-se, assim, uma autoridade pública atuante no campo dos direitos humanos. Ora, tal entidade, ao agir, respeita não somente o direito positivo interno, mas também o direito internacional público nesse setor de atuação. Por essa razão, costumes internacionais em matéria de direitos humanos, entendidos como fonte de direito, são necessariamente de observação obrigatória na ação desse agente público. O mesmo se diga, por exemplo, a respeito de costumes de direito comercial. Se tais costumes são fontes de direito, a Administração Pública, ao atuar em matéria de direito comercial, tem a obrigação de considerá-los. Afirmar que o *costume administrativo* não é fonte primária e vinculante de normas administrativas não é, portanto, o mesmo que dizer que o Poder Público não deve respeitar costumes eventualmente reconhecidos como fonte de normas vinculantes. Em suma: o costume administrativo não é fonte relevante do Direito Administrativo; mas o costume em geral, quando aceito como fonte, vincula a Administração Pública na medida em que constitui o bloco normativo que rege suas condutas em alguns setores.”

7ª) OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Da mesma forma que ocorre com o costume, nem todos os autores incluem os princípios gerais do direito entre as fontes do Direito Administrativo.

No entanto, foi muito grande, na formação do Direito Administrativo, a importância dos princípios gerais de direito entre as fontes do Direito Administrativo, especialmente pelo fato de tratar-se de ramo não codificado e também devido à flexibilidade e mutabilidade das leis. Muitos dos princípios informadores do Direito Administrativo brasileiro têm origem no direito francês e são de elaboração pretoriana do Conselho de Estado, que é o órgão de cúpula da jurisdição administrativa. No início de sua atuação, como não havia leis, os juízes, diante dos casos concretos, iam formulando regras que correspondiam a verdadeiros princípios, aos poucos incorporados a textos legislativos.

Georges Vedel e Pierre Delvolvé (1984:393) ensinam que o entendimento prevalecente foi, durante muito tempo, o de que “um princípio geral procede não de uma criação, mas de uma *descoberta* pelo juiz. Por exemplo, o princípio geral do direito de defesa, consagrado por uma abundante jurisprudência, não é colocado como uma pura exigência do juiz nem como uma regra de ‘direito natural’. Ele procede de uma constatação: inúmeros textos legislativos ou regulamentares consagram os direitos de defesa em uma multiplicidade de hipóteses. É necessário, portanto, supor que essas disposições textuais não são senão aplicação a tal ou qual caso de um princípio geral que delas é a fonte. O juiz não faz outra coisa senão constatar esse princípio geral, regra de direito positivo e não de direito natural ou ideal”.

Houve, no entanto, mudança de entendimento, que tem explicação: é que, na origem, a jurisdição administrativa tinha que decidir diante do caso concreto, sem que houvesse um texto expresso de lei e atendendo à tendência de repudiar, em bloco, o direito privado nas relações de que a Administração Pública fosse parte; a partir do momento em que se foi consolidando o Direito Administrativo, por meio de normas legais expressas, passou-se a entender que os princípios não são criados pelo juiz, mas por ele extraídos do ordenamento jurídico positivo. Na hierarquia das normas jurídicas, entendia-se que os princípios gerais de direito colocam-se em nível inferior à lei e podem ser por ela derogados; mas têm força obrigatória para a Administração Pública, na prática dos atos administrativos.

A partir da Constituição francesa de 1958 verificou-se uma alteração na forma de considerar o tema: essa Constituição veio prever os chamados *regulamentos autônomos* sobre determinadas matérias, a respeito das quais o Executivo pode estabelecer normas com a mesma força da lei; o juiz, com relação a esses atos, ficaria limitado ao controle de legalidade da forma e da competência; para evitar que o conteúdo desses atos ficasse subtraído ao controle jurisdicional, o Conselho de Estado adotou o entendimento de que os mesmos deveriam obedecer aos princípios gerais de direito consagrados no Preâmbulo da Constituição, os quais se impõem à Administração Pública, titular do poder regulamentar, mesmo na ausência de norma legal expressa. Com isso, garantia-se plenamente o Estado de Direito.

Segundo ainda a lição de Georges Vedel e Pierre Delvolvé (1984:397-399), o Conselho de Estado francês, para contornar a dificuldade de atribuir aos princípios gerais de direito um valor superior ao da lei, reconheceu-lhes um *valor constitucional*, “seja porque eles estão enumerados na Declaração de Direitos de 1789 e no Preâmbulo de 1946, uma e outro integrados na Constituição atual, seja em virtude de um ‘costume constitucional’ que se manifestaria por uma tradição legislativa constante correspondente ao mesmo tempo ao *corpus* do costume (repetição de práticas) e ao seu *animus* (a prática é inspirada pela convicção de que ela é conforme ao direito)”. Com isso, os princípios gerais de direito passaram a ter valor constitucional, não podendo ser derogados pela lei, ao contrário do que se entendia antes da Constituição de 1958.

Considerações semelhantes são feitas por Jean Rivero (1981:88), concluindo que a jurisprudência do Conselho Constitucional distingue duas categorias de princípios gerais: os princípios “com valor constitucional”, que se ligam normalmente aos textos a que se refere o preâmbulo de 1958, e os “princípios com valor simplesmente legislativo”. Isso significa que os princípios com valor constitucional prevalecem sobre a lei; com relação aos atos da Administração, mesmo os normativos, prevalecem tanto os princípios de valor constitucional como os de valor legislativo.

Segundo Jacqueline Morand-Deviller (2013:267), os princípios gerais de direito são “princípios não escritos, não expressamente formulados nos textos, mas que, postos pelo juiz e consagrados por ele, impõem-se à administração em suas diversas atividades. Eles se encontram na jurisprudência do Conselho de Estado há meio século e constituem uma fonte recente nova da legalidade. Os princípios gerais de direito são o ponto robusto do Conselho de Estado, a joia de sua jurisprudência, surgidos após os tempos confusos da Segunda Guerra Mundial, quando os direitos e liberdades eram particularmente maltratados”. A autora fala em dois tipos de princípios gerais de direito: (a) os que têm valor inferior à lei mas superior aos decretos, impondo-se ao poder regulamentar em todos os seus aspectos; eles não se impõem ao legislador; (b) os que têm valor constitucional, porque consagrados pelo Conselho Constitucional.

Os princípios desempenham papel relevante na interpretação das leis e na busca do equilíbrio entre as prerrogativas do poder público e os direitos do cidadão. Princípios como os da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da vedação de enriquecimento ilícito, da igualdade dos administrados diante dos serviços públicos e dos encargos sociais, da proporcionalidade dos meios aos fins, constituem garantias fundamentais, inerentes à liberdade e segurança da pessoa humana. Princípios como o da continuidade do serviço público, da mutabilidade dos contratos, da executoriedade das decisões administrativas, da autotutela, são essenciais para assegurar a posição de supremacia da Administração Pública em benefício do interesse público.

No Direito Administrativo brasileiro, o papel dos princípios como fonte do Direito Administrativo passou por uma evolução muito semelhante à ocorrida na França, ainda que por caminhos diversos. Lá, foi o papel da jurisprudência administrativa que levou a distinguir os princípios com força constitucional, superiores à lei, e os princípios sem força constitucional, inferiores à lei, mas superiores aos regulamentos. Aqui, foram as alterações no direito positivo, principalmente a partir da Constituição de 1988. A partir da chamada *constitucionalização do Direito Administrativo*, com a consagração de valores e princípios essenciais ao Estado de Direito Democrático, os mesmos passaram a ter maior imperatividade, tornando possível distinguir os dois tipos de princípios referidos no direito francês. Além disso, a legislação ordinária passou a conter previsão expressa de princípios, como a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), a Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), dentre outras. Os princípios de valor constitucional

passaram a ocupar posição hierárquica superior às leis ordinárias, tornando-se de observância obrigatória para os três Poderes do Estado. Especialmente, os princípios que decorrem do Título II da Constituição, pertinente aos direitos e garantias fundamentais, são de aplicação imediata, por força do disposto no artigo 5º, § 1º. Por outro lado, os princípios fundamentados apenas em leis infraconstitucionais continuam a constituir fonte subsidiária do direito, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Os princípios ainda desempenham importante papel na limitação da discricionariedade administrativa, que significa liberdade de apreciação, pela Administração Pública, dos aspectos de oportunidade e conveniência que lhe foram conferidos pela lei. Trata-se de liberdade limitada pela legalidade, considerada em sentido amplo, de modo a abranger os princípios e os valores consagrados implícita ou expressamente no ordenamento jurídico.

Os princípios são de observância obrigatória pela Administração. Se corresponderem a valores previstos no Preâmbulo da Constituição ou mesmo decorrerem implícita ou explicitamente de suas normas, o ato administrativo (e também a lei) que os contrarie padecerá do vício de inconstitucionalidade. Se não decorrerem da Constituição mas da legislação ordinária ou mesmo da teoria geral do direito, ainda assim têm que ser observados pela Administração, sob pena de invalidade do ato, corrigível pelo Poder Judiciário. Apenas em caso de conflito entre o princípio geral de direito, sem valor constitucional, e a norma expressa de lei, esta deve prevalecer, porque o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (aplicável aos vários ramos do direito) coloca os princípios gerais de direito como subsidiários em relação à lei.

Quando a Administração se vê diante de uma situação em que a lei lhe deixou um leque de opções, a escolha há de fazer-se com observância dos princípios gerais do direito.

Em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo Direito. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito.

Tratamos do assunto em livro sobre a *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988* (2012a).

1.13 CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Delimitado o âmbito do Direito Administrativo, dispõem-se os autores a defini-lo, adotando critérios diversos, alguns deles já superados, tendo valor apenas histórico.

1.13.1 ESCOLA DA *PUISSANCE PUBLIQUE*

Os **doutrinadores** franceses procuraram encontrar o melhor critério para identificar o Direito Administrativo.

Formaram-se, essencialmente, duas Escolas: a da *puissance publique* (que talvez se possa definir, de forma aproximada, como 'potestade' pública, acompanhando a lição de José Cretella Júnior) e a do serviço público.³

A Escola da *puissance publique* foi desenvolvida no século XIX por Maurice Hauriou e seguida por autores como Ducrocq, Aucoc, Laferrière, Berthélemy, Batbie.

A teoria parte da distinção entre **atividades de autoridade** e **atividades de gestão**; nas primeiras, o Estado atua com autoridade sobre os particulares, tomando decisões unilaterais, regidas por um direito exorbitante do direito comum, enquanto nas segundas atua em posição de igualdade com os cidadãos, regendo-se pelo direito privado.

No Brasil, ainda hoje, muitos autores, ao tratarem do tema da classificação dos atos administrativos, fazem referência à distinção entre **atos de império** (praticados pelo poder público com prerrogativas próprias de autoridade e, portanto, com supremacia sobre o particular), e **atos de gestão** (praticados sem prerrogativas públicas, em posição de igualdade com os particulares).

Essa distinção chegou a servir de critério, na França, para separar as competências da jurisdição administrativa (responsável pelo julgamento dos atos de império) e da jurisdição comum (responsável pelo julgamento dos atos de gestão). E também foi utilizada pelo Conselho de Estado para abrandar a teoria da irresponsabilidade do Estado, herdada do Estado de Polícia. Passou-se a entender que a irresponsabilidade só existiria com relação aos atos de império, tendo em vista a posição de supremacia do poder público, porém não incidiria quanto aos atos de gestão. Neste caso, sendo a posição do poder público colocada em pé de igualdade com os particulares, as regras de responsabilidade também deveriam ser as mesmas.

O critério das prerrogativas públicas não pode prevalecer na definição do Direito Administrativo, porque deixa fora de seu âmbito toda uma série de atos praticados sem prerrogativas públicas e que também são regidos pelo direito público. É o caso, por exemplo, dos atos negociais, que decorrem da vontade comum de ambas as partes.

1.13.2 ESCOLA DO SERVIÇO PÚBLICO

Outro critério adotado foi o do **serviço público**. Formou-se na França a chamada Escola do Serviço Público, integrada, entre outros, por Duguit, Jèze e Bonnard.

³ Talvez se possa traduzir como *Escola das prerrogativas públicas*, já que ela sustenta, como critério identificador do Direito Administrativo, o fato de ser o poder público dotado de prerrogativas próprias de autoridade, exorbitantes das que exerce o particular. A dificuldade da tradução leva os doutrinadores brasileiros a explicarem a teoria sem preocupação em traduzir a expressão "*puissance publique*".

Inspirou-se na jurisprudência do Conselho de Estado francês que, a partir do caso Blanco, decidido em 1873, passou a fixar a competência dos Tribunais Administrativos em função da execução de serviços públicos. Essa escola acabou por ganhar grande relevo, pelo fato de ter o Estado-providência assumido inúmeros encargos que, antes atribuídos ao particular, passaram a integrar o conceito de serviço público.

Foi grande a sua repercussão, influenciando juristas do porte de Rodolfo Bullrich e Rafael Bielsa, na Argentina, Themístocles Brandão Cavalcanti e Henrique Carvalho Simas, no Brasil, Laubadère e Rolland, na França.

Para Duguit (1911:40), o direito público se resume às regras de organização e gestão dos serviços públicos. Ele, acompanhado de Bonnard (1953:1-8), considera o serviço público como **atividade** ou **organização**, em **sentido amplo**, abrangendo todas as funções do Estado, sem distinguir o regime jurídico a que se sujeita essa atividade.

Dentro desse conceito, o Direito Administrativo, por referir-se ao serviço público, incluiria normas que pertencem ao direito constitucional e processual, abrangendo, inclusive, a atividade industrial e comercial do Estado, que se submete ao direito privado. O conceito não faz nenhuma distinção entre a atividade jurídica do Estado e o serviço público, que é a atividade material.

Gaston Jèze (1948:3-39), ao contrário, considera o serviço público como **atividade** ou **organização**, em **sentido estrito**, abrangendo a atividade material exercida pelo Estado para satisfação de necessidades coletivas, com submissão a regime exorbitante do direito comum. Com essa abrangência, ficariam excluídas do Direito Administrativo algumas matérias que lhe pertencem, embora não se adaptem ao conceito de serviço público. Tal é o caso da atividade exercida com base no poder de polícia do Estado. Além disso, a Administração, ao prestar serviço público, nem sempre se submete ao regime totalmente derogatório e exorbitante do direito comum; algumas atividades de caráter industrial, comercial e social, embora assumidas pelo Estado como serviços públicos, são exercidas parcialmente sob regime de direito privado: é o caso dos serviços públicos comerciais e industriais do Estado.

Na realidade, qualquer que seja o sentido que se atribua à expressão **serviço público**, ela não serve para definir o objeto do Direito Administrativo. Pelo conceito de uns ultrapassa o seu objeto e, pelo conceito de outros, deixa de lado matérias a ele pertinentes.

1.13.3 CRITÉRIO DO PODER EXECUTIVO

Alguns autores apelaram para a noção de **Poder Executivo** para definir o Direito Administrativo. Esse critério também é insuficiente, porque mesmo os outros Poderes podem exercer atividade administrativa, além de que o Poder Executivo exerce, além de sua função específica, as funções de governo, que não constituem objeto de estudo do Direito Administrativo. No Brasil, Carlos S. de Barros Júnior (1963:81)

adotou esse critério, procurando aperfeiçoá-lo, ao definir o Direito Administrativo como o “conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a organização e a atividade do Poder Executivo, inclusive os órgãos descentralizados, bem como as atividades tipicamente administrativas exercidas por outros Poderes”.

Fernando Andrade de Oliveira (*RDA* 120/14) lembra que o Visconde de Uruguai já criticava esse critério, ao distinguir o Poder Executivo **puro, político ou governamental**, sujeito ao direito constitucional, e o **poder administrativo** que, cuidando da Administração Pública, está submetido ao ramo específico do direito público e que é, exatamente, o Direito Administrativo. Acrescenta Fernando Andrade de Oliveira que, realmente, nem toda atividade da Administração Pública se rege pelo Direito Administrativo; sobre ela incidem normas de direito público e até de direito privado. A competência dos órgãos superiores, geralmente fixada pela Constituição, é matéria tratada pelo direito constitucional (v. g., as funções colegislativas do Poder Executivo), como também pelo direito internacional (celebração de tratados, declaração de guerra). Além disso, há matérias submetidas ao direito privado, civil e comercial. Por outro lado, a própria noção de Poder Executivo há de ser deduzida do sistema de divisão do poder político, exposto pela Ciência Política e cuja aplicação, no campo jurídico, não constitui objeto específico do Direito Administrativo.

1.13.4 CRITÉRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Há ainda os que consideram o Direito Administrativo como o conjunto de normas que regem as relações entre a Administração e os administrados. Mas esse critério também revelou-se inaceitável, porque outros ramos do direito, como o constitucional, o penal, o processual, o eleitoral, o tributário, também têm por objeto relações dessa natureza. Além disso, o critério é insuficiente, porque reduz o objeto do Direito Administrativo, que abrange ainda a organização interna da Administração Pública, a atividade que ela exerce e os bens de que se utiliza.

1.13.5 CRITÉRIO TELEOLÓGICO

Citem-se os que, filiando-se ao pensamento de Orlando (1919:9-10), adotam o critério teleológico, considerando o Direito Administrativo como o sistema dos princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins. O ponto comum em todos os autores que seguem essa doutrina está no entendimento de que o Direito Administrativo compreende normas que disciplinam a atividade concreta do Estado para consecução de fins de utilidade pública. São adeptos dessa teoria, dentre outros, Recaredo F. de Velasco Calvo, José Gascon y Marin, Carlos Garcia Oviedo, Sabino Alvarez Gendin, Francesco D'Alessio e Arnaldo de Valles.

Essa corrente foi aceita, no direito brasileiro, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:217), com a ressalva de que, para ele, o Direito Administrativo

compreende “tão somente a forma de ação do Estado-poder, quer dizer, a ação de legislar e executar, e a sua organização para efetivar essa forma, quer dizer, os meios de sua ação”. Daí a sua definição do Direito Administrativo como “ordenamento jurídico da atividade do Estado-poder, enquanto tal, ou de quem faça as suas vezes, de criação de utilidade pública, de maneira direta e imediata”.

1.13.6 CRITÉRIO NEGATIVO OU RESIDUAL

Este critério está inteiramente ligado com o anterior e encontra também em Orlando um de seus idealizadores.

De acordo com essa corrente, o Direito Administrativo tem por objeto as atividades desenvolvidas para a consecução dos fins estatais, excluídas a legislação e a jurisdição ou somente esta.

Orlando distingue dois aspectos do Estado: como ordenamento fundamental, rege-se pelo direito constitucional; como organização voltada ao cumprimento de seus fins, compreende a atividade administrativa em sentido lato, que abrange administração, legislação e jurisdição; excluídas as duas últimas, tem-se a **Administração em sentido estrito**, que é objeto do Direito Administrativo.

Assim, para ele, o Direito Administrativo, considerado em **sentido positivo**, compreende todos os institutos jurídicos pelos quais o Estado busca a realização dos seus fins; quando considerado em **sentido negativo**, define-se o objeto do Direito Administrativo, excluindo-se das atividades do Estado a legislação e a jurisdição, além das atividades patrimoniais, regidas pelo direito privado.

No direito brasileiro, esse critério foi adotado por Tito Prates da Fonseca (1939:49).

Também eram de natureza residual os conceitos adotados nas origens do Direito Administrativo, especialmente pela doutrina francesa, quando afirmava que o Direito Administrativo é o ramo do Direito Derrogatório e exorbitante do Direito Civil. Segundo Georges Vedel e Pierre Delvolvé (1984:98), “o Direito Administrativo aparece como o conjunto das derrogações que as leis trariam à aplicação do direito privado no que concerne à via administrativa”. E acrescentam que “frequentemente foi apresentado como um corpo de regras globalmente autônomo, repudiando em bloco o direito privado”.

Essa concepção do Direito Administrativo também tem sido criticada, tendo em vista que nunca deixou de ser aplicado o direito privado à Administração Pública. Esta, com muita frequência, utiliza institutos do direito privado, levando os autores a falarem em **Direito Administrativo em sentido amplo** ou direito público administrativo (que abrange o Direito Administrativo propriamente dito e o direito privado utilizado pela Administração) e **Direito Administrativo em sentido restrito** ou direito privado administrativo (que abrange o direito privado utilizado pela Administração Pública). Foi o que se analisou no livro *Direito privado administrativo* (Di Pietro, organizadora, 2013).

1.13.7 CRITÉRIO DA DISTINÇÃO ENTRE ATIVIDADE JURÍDICA E SOCIAL DO ESTADO

Alguns doutrinadores brasileiros preferem definir o Direito Administrativo considerando, de um lado, o tipo de atividade exercida (a atividade jurídica não contenciosa) e, de outro, os órgãos que regula; vale dizer, leva-se em consideração o sentido objetivo (atividade concreta exercida) e o sentido subjetivo (órgãos do Estado que exercem aquela atividade). Tal é o conceito de Mário Masagão (1926:21), para quem o Direito Administrativo é o “conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral”.

Do mesmo feitio é o conceito de José Cretella Júnior (1966, t. 1:182): Direito Administrativo é o “ramo do direito público interno que regula a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral”.

1.13.8 CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Vários autores adotam o critério da Administração Pública, dizendo que o **Direito Administrativo** é o conjunto de princípios que regem a Administração Pública. É o que fazem Zanobini, Cino Vitta, Laubadère, Gabino Fraga, Otto Mayer, Jean Rivero.

No direito brasileiro, adotaram esse critério Ruy Cirne Lima, Fernando Andrade de Oliveira e Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho, dentre outros.

Para Ruy Cirne Lima (1982:25-26), “o Direito Administrativo é o ramo do direito positivo que, específica e privativamente, rege a administração pública como forma de atividade; define as pessoas administrativas, a organização e os agentes do Poder Executivo das politicamente constituídas e lhes regula, enfim, os seus direitos e obrigações, umas com as outras e com os particulares, por ocasião do desempenho daquela atividade”.

Fernando Andrade de Oliveira (*RDA* 120/14) também adota esse critério, partindo das noções de Administração Pública em sentido **subjetivo**, **objetivo** e **formal**. Sob o aspecto **subjetivo**, a Administração Pública é o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas; sob o aspecto **objetivo**, compreende as atividades do Estado destinadas à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos; e, sob o aspecto **formal**, é a manifestação do Poder Público decomposta em atos jurídico-administrativos dotados da propriedade da autoexecutoriedade, ainda que de caráter provisório.

Daí a sua definição do Direito Administrativo como “o conjunto de princípios e normas que, sob a Constituição, têm por objeto a organização e o exercício das atividades do Estado destinadas à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos, mediante atos jurídicos tipificados pela autoexecutoriedade, de caráter provisório, posto que sujeitos ao controle jurisdicional de legalidade”.

A definição, no entanto, padece do defeito de considerar que todos os atos administrativos sejam autoexecutórios; na realidade, somente o são os atos que impõem obrigações; não os que criam direitos. É o caso de atos como a licença, a autorização, a permissão, a admissão, que não têm força coercitiva, embora sejam também atos administrativos.

Hely Lopes Meirelles (2003:38) define também o Direito Administrativo pelo critério da Administração, considerando-o 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”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013:37) também define o Direito Administrativo levando em conta os aspectos subjetivo e objetivo da noção de Administração Pública. Para o autor, Direito Administrativo “é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem”.

Marçal Justen Filho (2013:35-36), embora critique o critério, por considerar difícil a conceituação de “função administrativa” (por não ser esta monopólio do Estado, já que muitas vezes ela é exercida pelas organizações não governamentais), também dá uma definição levando em conta os dois aspectos da Administração, orgânico e material, porém combinando-os com o da finalidade (realização dos direitos fundamentais) e acrescentando, do lado subjetivo, as estruturas não estatais. Para ele, o Direito Administrativo é “o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”.

Concordamos parcialmente com as críticas feitas pelo autor ao critério da Administração Pública, que acaba por não abranger todas as matérias que hoje constituem objeto do Direito Administrativo. No entanto, parece exagero colocar como fim único das atividades administrativas a realização dos direitos fundamentais. O Direito Administrativo, desde as origens, caracteriza-se pelo binômio liberdade/autoridade, direitos individuais/interesse público. Não há razão para defini-lo levando em consideração apenas um dos lados da equação. Inúmeros são os institutos que constituem objeto de estudo do Direito Administrativo, cuja finalidade é a consecução do interesse público, como a desapropriação, o tombamento, as atividades de polícia, a intervenção, a domínialidade pública, o controle da Administração e tantos outros.

1.13.9 NOSSA DEFINIÇÃO

A nossa definição também adota o critério da Administração Pública. Partindo para um conceito descritivo, que abrange a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, definimos o Direito Administrativo como **o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que**

integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Ao falar em “**ramo do direito público**”, realça-se que o Direito Administrativo é composto por um corpo de regras e princípios que disciplinam as relações entre a Administração e os particulares, caracterizadas por uma posição de verticalidade e regidas pelo princípio da justiça distributiva, no que difere do direito privado, que regula relações entre iguais, em posição de horizontalidade, regidas pelo princípio da justiça comutativa.

Com a expressão “**órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas**”, a referência é à Administração em seu sentido subjetivo. São pessoas “**administrativas**”, porque se exclui do conceito as pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que constituem objeto de estudo do direito constitucional.

A expressão “**atividade não contenciosa**” delimita a função administrativa do Estado, já que a atividade contenciosa se insere no âmbito da função judicial.

A expressão “**bens e meios de ação de que se utiliza**” é necessária para abranger toda uma gama de institutos que constituem objeto de disciplina pelo Direito Administrativo, como os atos e contratos, as parcerias com entes privados (como concessionários, permissionários, organizações não governamentais), os processos administrativos, os bens públicos, dentre outros.

A referência aos “fins, de natureza pública” serve para combinar os aspectos subjetivo e material do conceito com o critério teleológico, incontestavelmente presente no Direito Administrativo, já que toda a atividade administrativa é voltada à consecução do interesse público, no qual se insere a realização dos direitos fundamentais.