

CARLOS ARI SUNDFELD

1192 02 2012 2. ed. P. 14. 2014

ISBN 978-85-302-0241-6

Companhia Brasileira de Edições Jurídicas
MALHEIROS EDITORES LTDA
Rua Frei de Azevedo, 28, conj. 111
CEP 04531-940 - São Paulo - SP
Tel: (11) 3078-7300
Fax: (11) 3168-2492

DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS

*2ª edição,
revista e ampliada,
2ª tiragem*



**MALHEIROS
EDITORES**



ro, à busca das normas que se aplicam a nosso sujeito – e buscamos oferecer uma visão de conjunto a respeito delas. Claro, nós não desmorreríamos loucos e ficaríamos repetindo coisas que os especialistas dos vários ramos do Direito já dizem.

Nós, administrativistas, tentamos entender a articulação e a conexão que existem entre as normas dos diversos ramos e legislações avulsas quando aplicáveis ao Estado. Portanto, não somos especialistas em um ramo do Direito (como o é o penalista, que trata da legislação penal). Somos especialistas em um sujeito, a Administração, que usa e é dirigida por muitas legislações bem diferentes, de vários ramos (inclusive a penal, a civil, a empresarial, etc.).

É por isso que nosso campo, o direito administrativo, não pode ser um ramo do Direito. Ele é uma área do conhecimento, uma disciplina definida em torno de um sujeito; uma disciplina que se debruça sobre os muitos braços e dedos do direito positivo, para descobrir o que há neles de aplicável à Administração.

3. Direito administrativo como sinônimo de princípios e de legislação administrativa?

É verdade que certas leis podem ser vistas como “só” de direito administrativo, e não de algum ramo específico do Direito, por terem sido feitas exclusivamente para o Estado (exemplos: as leis de processo administrativo, a lei federal de prescrição das sanções administrativas, as leis de contratos de concessão). Em tese, seria possível ter um ramo ou vários ramos exclusivos para essa “legislação administrativa”, isto é, para as partes do direito positivo feitas só para a Administração Pública. Seria o direito da legislação administrativa ou o direito administrativo em sentido estrito.

Mas o que, na prática, chamamos de direito administrativo não é apenas esse conjunto, o da legislação exclusivamente administrativa, pela ótima razão de que a totalidade das situações jurídicas em que a Administração está envolvida não é regida apenas por essa legislação. É evidente que nós, administrativistas, olhamos com atenção toda especial para essa legislação administrativa (em verdade, somos os grandes especialistas nela), mas nosso olhar é bem mais abrangente – pois tem de ser mais abrangente.

Se não fosse, o problema da submissão integral do Estado à ordem jurídica não seria a questão central do administrativista – e ela é e tem de ser.

Acontece que muitos administrativistas, embora comprometidos em tese com o objetivo da submissão integral da Administração ao Direito – mas envolvidos demais pela legislação especificamente administrativa, ou talvez fascinados por suas próprias convicções sobre como deveriam ser o Direito e o Estado –, acabam de algum modo comprometendo a aplicação à Administração do largo espectro de soluções do direito positivo.

Para esses juristas é essencial o pressuposto de que o direito administrativo é, sim, um ramo separado do Direito, um ramo só para a Administração, todo diferente e especial. Se eles não chegam ao radicalismo de negar a possibilidade de a Administração se sujeitar a alguma norma fora desse ramo especial, o fato é que só o admitem excepcionalmente, em geral com toda desconfiança, e por isso forçam suas interpretações para afastar da Administração tudo o que não seja o direito administrativo em sentido estrito.

No caso do Brasil tem crescido a ideia de que o direito para a Administração tem de ser preferencialmente o contido nesse “ramo especial” do Direito, composto apenas pela legislação administrativa e seus princípios. Pois o presente ensaio põe em xeque justamente essa visão, procurando argumentar que ela não foi recebida pelo ordenamento brasileiro e que sua persistência se deve mais a influências externas e a opções ideológicas dos juristas do que ao direito positivo.

É importante destacar que, nas últimas décadas, as mentalidades desses juristas brasileiros, adeptos do direito administrativo como ramo todo especial, acabaram sendo moldadas pela “onda principiológica” que se levantou a partir da ideia de *direito administrativo de princípios*.¹

1. O *direito administrativo de princípios* resulta da visão radical de que são certos princípios fundamentais os verdadeiros elementos que definem, unem e orientam toda essa área do Direito. Essa visão, que apareceu e se tornou predominante no Brasil a partir da metade da década de 1960, não se confunde com a teoria, já antiga, de que, ao lado da legislação, princípios também são fonte do Direito. Essa última teoria é aceita nas várias áreas do Direito, estando, inclusive, positivada no Brasil pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei

Trata-se da tendência de explicar a especialidade e a unidade do direito da Administração por um conjunto de princípios – no geral, formulações bastante vagas, algumas com evidente conotação ideológica – e de defender que a solução de casos jurídicos concretos seja feita não tanto pelas referências do direito positivo, e sim muito mais com jogos a partir desses enunciados principiológicos.

O presente ensaio considera essa onda um equívoco, de efeitos negativos, e se dispõe a discuti-la e a propor sua superação.

O ensaio entende que passou a época do “jurista cordial”, o jurista que usa princípios para amolecer e mastigar a seu gosto o direito positivo aplicável à Administração. Chegou a vez e o tempo do “jurista institucional”: alguém que valoriza as instituições mais do que a si mesmo e que aceita e valoriza a pluralidade desse direito, que é própria da diversidade do Estado contemporâneo e da democracia. É esse jurista que nosso direito administrativo vem aguardando para escrever o seu futuro.

4. O direito administrativo como direito comum do Estado

Direito administrativo não é sinônimo de Poder Executivo. Ele é o direito básico da organização e gestão de todos os Poderes (inclusive do Legislativo e do Judiciário) e dos órgãos independentes do Estado (Tribunal de Contas e Ministério Público). Portanto, o direito administrativo não é só do Executivo, é o direito comum do Estado, de todas as entidades, órgãos e Poderes estatais, independentemente das peculiaridades e atribuições de cada um.

4.657/1942): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito”. Mas os adeptos do direito administrativo dos princípios vão muito além da afirmação de que princípios são fonte de Direito; para eles, certos princípios são a essência viva desse ramo.

É verdade, de outro lado, que muitos administrativistas do passado conceituaram direito administrativo aludindo a princípios, mas neste caso eles usavam a expressão como simples sinônimo de atos e normas. Um exemplo é Alcides Cruz, em sua obra de 1912: “Direito administrativo é, pois, o conjunto de princípios de direito público que regulam o exercício da Administração Pública quer nas suas relações entre si, quer nas relações dela para com os administrados” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves e Cia., 1914, p. 22). Esses autores nada têm a ver com a ideia do *direito administrativo de princípios*, que viria a surgir muito depois.