

DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

BRASIL'S ADMINISTRATIVE LAW

Carlos Ari Sundfeld

Professor Titular da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

RESUMEN

En el presente artículo, el autor abarca a grandes rasgos el Derecho Administrativo de Brasil, para ello, en primer lugar, realiza un análisis respecto a su construcción histórica el cual comprende desde la independencia del Imperio de Brasil en 1822 hasta la actualidad; luego, describe el ámbito de aplicación del derecho administrativo en Brasil, es decir, su grado de incidencia sobre las organizaciones o actuaciones estatales; la tercera parte, trata respecto a la pluralidad del derecho administrativo en Brasil pues en su caso no hubo, hasta el momento, una gran ley fundadora del derecho administrativo como sí ocurrió en otros países; finalmente, en la última sección comenta respecto a la influencia del estatismo y del antiliberalismo y el antiliberalismo en el pensamiento del derecho administrativo en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Derecho Administrativo | Historia del Derecho | Cultura Jurídica | Derecho de Brasil

RESUMO

Neste artigo, o autor abrange amplamente o Direito Administrativo do Brasil, pois, em primeiro lugar, faz uma análise sobre sua construção histórica, que inclui desde a independência do Império brasileiro em 1822 até o presente; em seguida, descreve o escopo de aplicação do direito administrativo no Brasil, ou seja, seu grau de incidência sobre as organizações ou ações do Estado; a terceira parte trata da pluralidade do direito administrativo no Brasil porque, no caso dela, não havia, até o momento, nenhuma grande lei fundadora do direito administrativo, como aconteceu em outros países; Finalmente, na última seção, comenta a influência do estatismo, do antiliberalismo e do antiliberalismo no pensamento do direito administrativo no Brasil

PALABRAS-CHAVE: Direito Administrativo | História do Direito | Cultura Legal | Lei brasileira

SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 03 de junio de 2019 y aprobado para su publicación el 10 de junio de 2019.

SOBRE EL AUTOR

El autor es profesor titular en la Facultad de Derecho de São Paulo, Fundación Getúlio Vargas. Doctor y Máster por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Presidente de la Sociedad Brasileña de Derecho Público - SBDP.

SUMARIO

1. A construção histórica do Direito Administrativo no Brasil
2. Abrangência Do Direito Administrativo no Brasil
3. O Direito Administrativo Plural no Brasil
4. A Força Do Estatismo e do antiliberalismo no pensamento de Direito Administrativo no Brasil

1. A Construção Histórica Do Direito Administrativo No Brasil.

O direito administrativo foi um dos alicerces da obra de construção institucional do estado brasileiro e do país.¹ O império do Brasil surgiu formalmente com a independência em 1822, mas tomaria tempo para, por meio do estado e do direito, reunir em um só país as regiões e os grupos que no passado tinham tido escasso vínculo entre si. A tarefa consumiu mais de cem anos: atravessou todo o período do império brasileiro (até 1889) e a primeira república (até 1930) e se completou na década de 1930, quando se tornou irreversível a nacionalização, com uma estrutura federal abrangente e forte. Também ficou sepultada, a partir daí, uma visão liberal, menos estatista, que tentara influir na organização econômica e política do Brasil nas décadas anteriores, quando da passagem do império para a república.

O estabelecimento do direito administrativo brasileiro, no decorrer desse período, não foi uma reação ao estado, seus poderes e excessos, mas um esforço desse estado por se estabelecer e impor. Nos primeiros tempos, era preciso inventar juridicamente a administração pública, em bases constitucionais e como parte fundamental de um novo estado soberano. Natural, então, que a atenção dos juristas se voltasse para os problemas da estrutura e das relações internas das instituições públicas, de modo a definir para a administração um espaço próprio no interior da máquina estatal e um conjunto de poderes no confronto com os particulares.

Esse esforço de criação veio desde o ato fundador – a Constituição de 1824, com Separação de Poderes e Conselho de Estado, e também com uma declaração de direitos – e chegou em 1862 a seu primeiro livro importante, o *Ensaio de Direito Administrativo*, do Visconde do Uruguai (Murilo de Carvalho, 2002, p.70), à época uma das personalidades públicas centrais do país, cuja declarada preocupação era organizacional, era colocar “cada uma das peças da nossa organização administrativa ... no lugar que lhe corresponde”. Depois, quando da implantação da república, no final do século XIX, e com a Constituição de 1891, foram estabelecidas novas bases para a Justiça e para o controle da administração, com um Judiciário unificado.

Todavia, o ramo do direito que, nesse século inicial, de fato se consolidou pela via legislativa foi o privado, com a edição, em 1916, do primeiro Código Civil brasileiro – o que, aliás, teria impacto no campo público: primeiro, porque o Código tratou não só da propriedade privada, mas das espécies e regimes dos bens públicos; depois, porque a consolidação do direito civil estimularia os publicistas a fazerem esforços de interpretação para afastar a incidência de certos dispositivos do Código a problemas da administração pública. Esse movimento de publicistas veio de uma visão bem menos liberal que a dos ingleses e norte-americanos quanto ao papel da administração na sociedade; no Brasil, a visão que acabaria por prevalecer seria mais estatista, de privilégio e superioridade do estado, a sugerir um direito especial, administrativo.

Nessa longa fase de construção, a influência francesa foi decisiva, especialmente na absorção da ideia de estado e de direito administrativo “à francesa” como melhor solução para um país novo, sem tradição de liberdade. Aliás, é simbólico que o Visconde do Uruguai (Murilo de Carvalho, 2002, p. 472 e 502), pai fundador, tivesse nascido na França (em 1807), escrito seu famoso livro com bibliografia francesa e defendido com ênfase a aplicação entre nós do que chamou de “sistema francês.”

¹ Este texto é uma síntese do pensamento que expus em meu livro *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª. ed., São Paulo, Edit. Malheiros, 2014.

A partir de então, a mentalidade jurídica brasileira pareceu se acomodar à ideia de que seria necessário um estado administrativo como centro do país (disse o Visconde do Uruguai (Murilo de Carvalho, 2002, p. 86): “as necessidades comuns ... o poder público deve satisfazer”), com seu direito próprio, especial, viabilizando essa missão essencial (mais uma vez Uruguai (Murilo de Carvalho, 2002, p. 110): “O exercício da administração, o direito administrativo, é portanto uma condição essencial de toda a existência coletiva.”).

A influência francesa na adoção, desde as primeiras décadas do século XIX, dessa ideia de estado administrativo no Brasil, não foi destruída pela Constituição da República, de 1891, de espírito norte-americano. É verdade que, nesse momento, o Brasil deu uma guinada para o modelo jurisdicional à americana, de Justiça comum, abandonando o Conselho de Estado, que tinha sido inspirado na França. Também incorporou o presidencialismo e o federalismo. Ademais, surgiram no debate jurídico teses mais liberais em matéria econômica e de liberdade pessoal (teses para limitar as medidas de autoridade administrativa). Mas, no caminhar dos anos, a base “à francesa” – o estatismo, a superioridade do estado administrativo e a especialidade de seu direito – iria permanecer como predominante na ideologia do direito administrativo substantivo do Brasil. Já quanto ao direito administrativo contencioso, à organização da Justiça, aos tipos processuais, prevaleceu a base norte-americana, acrescida da noção de direito público subjetivo de inspiração alemã.

Na segunda fase, a partir mais ou menos da década de 1930, a legislação administrativa brasileira assumiria de modo mais intenso a feição de ferramenta do desenvolvimento, apoiando a articulação do estado com o setor privado, e também a modernização e o crescimento da administração. Logo nos primeiros anos desse período, a administração federal passou por grande transformação. De um lado, pela absorção de novas soluções de administração burocrática: organização das carreiras públicas (com concurso público e regime jurídico funcional especial), planejamento, primeiras entidades administrativas autônomas (as autarquias), etc. Para tanto, reformas legislativas foram feitas, inclusive com pretensões parcialmente sistematizadoras.

De outro lado, houve aumento da presença do Estado na economia, na função de regulação de serviços públicos por meio de agências administrativas (emblemática foi a lei de 1934 sobre energia elétrica) e mesmo na função de empresário (a partir de 1946 pouco a pouco surgiram empresas estatais em áreas como siderurgia, petróleo, energia elétrica, telecomunicações e bancária).

A presença e crescimento da União na área social também seriam fortes nesse largo período, sobretudo em previdência, cujas primeiras entidades oficiais aparecem no início dos anos 1930, para serem fundidas em 1966, levando à universalização paulatina dos benefícios, reforçados com a Constituição de 1988. A década de 1980 marcou também o aumento constante dos gastos públicos sociais, em áreas como educação, saúde e assistência social.

Nos anos 1990, com a diminuição parcial do estado empresário, aumentou a regulação pública e a contratação, com particulares, de novos empreendimentos ou da prestação de serviços públicos e sociais. Surgem aí as fortes agências reguladoras federais autônomas, aprofundando o modelo burocrático para a regulação.²

² Um panorama sobre o período em Carlos Ari Sundfeld (org.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000.

A rejeição do poder autocrático, com o duplo condicionamento da ação administrativa pela legalidade e pelo controle dos juízes, esteve presente desde o início do estado brasileiro, com a adoção da Separação dos Poderes e de uma declaração de direitos pela Constituição imperial de 1824. Mas foi longo e cheio de acidentes o percurso do direito administrativo brasileiro em direção à democracia.

Nos primeiros anos, limitar juridicamente a administração não era fácil: pelas heranças políticas e sociais, pelas fragilidades institucionais, pelo poder moderador reservado ao monarca, entre outras causas. Depois, a república viria a institucionalizar em bases modernas o controle judicial da administração e, nas décadas seguintes, surgiram instrumentos processuais importantes (como o mandado de segurança), além de discursos doutrinários contra as imunidades da administração.³

Só que houve muitos períodos de exceção, em que os condicionamentos legislativos e judiciais à administração ficaram bastante comprometidos, ao menos em temas politicamente mais sensíveis. Isso ocorreu especialmente nas frequentes crises da primeira república, com a decretação de estados de sítio, entre 1889 e 1930; na ditadura do presidente Getúlio Vargas, entre 1937 e 1946; e na ditadura militar, entre 1964 e 1985.

De qualquer modo, e apesar dos percalços, no decorrer da história brasileira pouco a pouco foram crescendo – e acabaram por se estabilizar – mecanismos variados de condicionamento da ação administrativa.

Por um lado, surgiram sempre mais e mais normas, de muitas fontes (constitucionais, legais e mesmo administrativas). Por outro, mais oportunidades para o controle externo: mais soluções em matéria de processo judicial, mais legitimação para acessar a Justiça (ministério público e associações, em defesa de interesses difusos ou coletivos, p.ex.), mais controle de constitucionalidade, mais atuação dos tribunais de contas, etc. Por fim, os controles internos também foram encorpendo, por meio dos controles hierárquicos e de processos administrativos específicos (com participação dos interessados e, mais recentemente, também com participação popular), e ainda pela atuação das corregedorias internas da administração.

Depois da instauração da democracia ao fim do regime militar, a Constituição de 1988 viria a ser o marco dessa face do direito administrativo, ligada ao condicionamento da autoridade. Novas normas valorizaram o Legislativo, consolidaram e ampliaram o controle pelo Judiciário e pelos tribunais de contas, constitucionalizaram o processo administrativo, e assim por diante.

Nos anos posteriores, com o desdobramento legislativo e os embates sobre questões administrativas nos órgãos controladores, veio se acentuando uma mudança importante, que já vinha se esboçando mesmo antes. O espaço da administração e das autoridades administrativas, que a tantos juristas parecia bem claro nos tempos iniciais, passou a ser muito disputado por outras instituições públicas (Legislativo, Judiciário, tribunais de contas, ministério público, entidades paraestatais), e mesmo por organizações não governamentais.

A par disso, a administração cresceu e se fragmentou em muitos órgãos e entidades, cuja coordenação é cada vez mais difícil, e cujos objetivos e competências se chocam todo o tempo. A pulverização, com o surgimento de muitos núcleos de poder e influência, no Executivo ou não, afetou a noção inicial de administração pública como organização

³ O mais célebre, de 1941, é o de Seabra Fagundes. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª. ed., S.Paulo, Saraiva, 1984.

autônoma e específica (bem distinta e separada das outras integrantes da máquina estatal e das situadas fora dela). Já não parecem tão claros os limites entre agentes e atividades administrativas, legislativas, judiciais, controladoras e privadas.

Tudo isso parece fruto do aprofundamento da democracia e da complexidade da sociedade contemporânea. O direito administrativo brasileiro reúne hoje um grande conjunto de engrenagens organizacionais e processuais para viabilizar o choque tanto quanto possível ordenado dos interesses, individuais ou não, e também para gerar um diálogo entre eles, levando a um fluxo interminável de decisões e reações. Essa é a face do direito administrativo como engrenagem da democracia.

2. Abrangência Do Direito Administrativo No Brasil.

O direito administrativo é o direito básico da organização e gestão de todos os Poderes (inclusive do Legislativo e do Judiciário) e dos órgãos independentes do estado (tribunais de contas e ministérios públicos). Portanto, ele não é só o direito do Executivo.

Mas o seu grau de incidência sobre cada uma das organizações ou atuações estatais específicas depende do grau em que elas estejam sujeitas a disciplinas jurídicas especiais. Por convenção, excluem-se do direito administrativo os conteúdos dos ramos muito especiais do direito público, relativos a atividades constitucionais específicas e peculiares (como as atividades legislativa e judicial).

Considerado apenas o conteúdo do ordenamento jurídico, o direito administrativo é relativamente plural, um conjunto de normas reunidas pelo critério subjetivo (um direito estatutário do estado), não propriamente expressivo de um regime jurídico unitário e homogêneo. Mas faz parte da tradição cultural dos administrativistas brasileiros pressupor que as variadas atividades administrativas se sujeitam a um regime jurídico-administrativo “sistemizado”, com “coerência e unidade”.

Essa crença vem do século XIX, em que a atuação e a legislação administrativas eram bastante limitadas e homogêneas. Mas o estado atual apenas remotamente se parece com o do passado. As atividades, a máquina e as normas cresceram e se diversificaram exponencialmente; as entidades estatais e também o direito aplicável se fragmentaram. A velha ideia de direito administrativo como sistema único já não é capaz de abarcar tudo isso.

Mas isso não tem impedido o mundo jurídico brasileiro de sistematizar um núcleo conceitual básico do direito administrativo, o qual, dentro de certos limites, tem valor geral, dá a ele um sentido de conjunto e é considerado pela própria legislação. As fontes iniciais desse sistema teórico foram as elaborações de juristas franceses e italianos do final do séc. XIX e início do sec. XX, que ainda são visíveis nas teorias brasileiras e em boa medida responsáveis por suas semelhanças.

As noções mais tradicionais são as de *função administrativa*, *legalidade*, *vinculação* e *discricionariedade*, *ato administrativo*, *contrato administrativo*, *pessoa jurídica de direito público*, *serviço público*, *responsabilidade extracontratual do Estado* e *bens públicos*.

As três primeiras estão ligadas ao problema da relação entre os diferentes Poderes do Estado: o Executivo exerceria uma *função administrativa*, atuando sempre sob a legislação feita pelo Poder Legislativo (*princípio da legalidade*) e sob controle do Judiciário, salvo quanto ao exercício da margem da liberdade que lhe seja deixada pela lei (*discricionariedade*, o contrário de *vinculação*).

As demais pretendem sobretudo afirmar que a administração pública deve ter prerrogativas, poderes especiais. Suas decisões seriam atos *administrativos*: atos de autoridade, capazes de impor obrigações aos particulares. Em seus contratos, as partes não seriam iguais, pois ela teria poderes de mudar sozinha o ajustado (*contratos administrativos*). Ela própria, administração, e outras entidades dela derivadas, seriam pessoas jurídicas com poderes especiais, concedidos pelo direito público (*pessoas jurídicas de direito público*). Ela seria titular de atividades próprias, que os particulares não teriam liberdade de exercer, e disporia dos privilégios e poderes necessários para sua plena execução (*serviços públicos*). Seria também titular de bens, muitos deles adquiridos por instrumentos de força (como a *desapropriação*) e com proteções especiais, como a impossibilidade de serem perdidos por *usucapião* (*bens públicos*).

Evidentemente, os juristas estão sempre discutindo sobre a pertinência e atualidade dessas noções, e por certo se desentendendo sobre sua melhor definição. Mas as fortes críticas teóricas que sofrem não têm impedido que elas permaneçam, pois são muito tradicionais e seus termos estão incorporados, como lugar-comum, à linguagem jurídica e não jurídica. Além disso, esses termos são usados na Constituição e nas leis, ainda que com significativas alterações de sentido em relação às noções originais.

Um caso interessante, no Brasil, de expressão que ficou, mas praticamente inverteu seu sentido original, é o da *responsabilidade extracontratual do Estado*. A ideia apareceu, na França do século XIX, para dizer que a administração pública deveria ter um privilégio: não ficar sujeita ao amplo dever de indenizar os danos que causasse, que era previsto na legislação civil. Trazida para o Brasil, impactada por sucessivas normas constitucionais e pela jurisprudência, a noção de *responsabilidade extracontratual do Estado* passou a servir para dizer o contrário: que o estado tem um amplo dever de indenizar, e isso mesmo quando não tenha cometido qualquer ilegalidade.

Mas o apego à tradição não impede alguma inovação nas noções que, segundo a opinião geral, formam o eixo estrutural da disciplina. Exemplo é a incorporação, relativamente recente, dos conceitos de *processo administrativo* e de *regulação administrativa*.

O primeiro tomou impulso no Brasil por influência de uma norma da Constituição de 1988 e do surgimento, a partir de 1998, de leis gerais sobre processo administrativo, nos âmbitos federal, estadual e municipal. A ideia é que as decisões (atos administrativos) teriam em geral de ser tomadas por meio de processos, com direito à ampla participação dos interessados e com vários mecanismos para o controle do decidido (dever de justificar e de dar publicidade às decisões, direito de recorrer contra elas, etc).

Já o conceito de *regulação administrativa* foi introduzido para afirmar que a administração poderia receber das leis uma série de competências para ordenar amplamente quaisquer atividades econômicas, inclusive poderes normativos, exercidos pela edição de *regulamentos* autorizados pelas leis. A contrapartida é que eles sejam exercidos por meio de processos administrativos e de estruturas administrativas de caráter técnico (em alguns casos, por meio de *agências reguladoras autônomas*).

Com a ideia de regulação administrativa, reelaborada a partir da década de 1990, caminhou-se para superar o pressuposto, herdado do liberalismo econômico, de que a ordenação das atividades econômicas privadas pelo Estado deveria ser mínima, baseando-se em um poder de polícia administrativa de caráter simplesmente negativo, que importaria apenas algumas limitações ao exercício dos direitos, mas não poderia determinar positivamente seu exercício. No passado, fazia-se uma nítida distinção entre esse limitado

poder de polícia administrativa frente às *atividades privadas* e o amplo *poder concedente* exercido pelo Estado quanto aos *serviços públicos*, com base no qual ele interferia de modo profundo em sua prestação. Mas a oposição radical entre *atividades econômicas privadas* e *serviços públicos* vem se relativizando com o tempo, na medida em que vão se assemelhando, em muitos casos, as regulações incidentes sobre aquelas e sobre estes.

Ao lado desses conceitos de origem mais teórica, ao longo do tempo o núcleo conceitual básico do direito administrativo no Brasil veio sendo ampliado com soluções vindas diretamente do *direito positivo* (isto é, pelas normas constitucionais, legais e regulamentares) para organizar e controlar a administração pública. São exemplos disso noções como *administração indireta*, *empresas estatais*, *servidores públicos*, *concurso público* e *licitação*.

O conceito de *administração indireta* rompeu com a ideia de que o estado teria de ser uma única pessoa jurídica, tendo sido cunhado para explicar a existência de estruturas administrativas com algum grau de autonomia em relação ao Poder Executivo. Em um primeiro momento, foram criados entes semelhantes à administração direta, com personalidade de direito público (*autarquias*). Mas logo se partiu para incluir na administração indireta também empresas, pessoas de direito privado, algumas inclusive para realizar atividades de tipo privado (serviços bancários, indústria, comércio, etc.). Aí surgiu o conceito de *empresa estatal*, em duas modalidades: *sociedades de economia mista* (empresas com capital misto, estatal e não estatal) e *empresas públicas* (empresas de capital apenas estatal).

O conceito de *servidor público* tem a ver com a gestão de recursos humanos. A ele está ligado o de *concurso público*, um processo público de disputa entre potenciais servidores, decidido pelo mérito. O concurso é uma exigência geral, com algumas exceções. Para os servidores, à semelhança do que ocorre com os entes estatais, fala-se em dois subregimes: o de *servidor estatutário* (que seria um regime de natureza pública, com privilégios que o trabalhador comum não possui) e o de *servidor celetista* (um regime vindo das entidades do setor privado, regulado pela lei trabalhista, a CLT).

Já a *licitação* é um processo público competitivo de inspiração semelhante à dos concursos públicos, só que aplicado às contratações de compras, serviços, obras etc. e normalmente disputado por empresas.

Em seus primórdios, a construção do direito administrativo resultou sobretudo da atuação judicial e da criação de juristas. Mas o Direito legislado foi se impondo pouco a pouco, cresceu muito a partir da década de 1960 e, hoje, os profissionais lançam mão frequentemente dele para dizer coisas que antes só estavam nos livros de referência. Cada vez mais, a cultura comum dos administrativistas decorre de, em seu exercício profissional, recorrerem a um mesmo conjunto de leis, que ajudam a formar seu discurso e seu vocabulário comum. As compilações mais usuais no Brasil trazem a Constituição Federal e as leis de processo administrativo, licitação e contratos administrativos, contratos de concessão, organização administrativa, finanças públicas, bens públicos, desapropriação, regulação setorial e ações judiciais para defesa de direitos frente ao Estado.

3. O Direito Administrativo Plural No Brasil.

Em termos puramente lógicos, a existência, no Brasil, de um núcleo teórico comum, não pareceria bastante para afirmar o caráter sistemático e unitário do direito administrativo,

tampouco a existência de algo que se possa considerar como um regime jurídico-administrativo formado pelas regras relativas aos temas cotidianos da ação administrativa, objeto das normas de direito administrativo.

No caso brasileiro não houve, nem há até o momento, uma grande lei fundadora ou agregadora do direito administrativo – como, em alguma medida, foram as leis de procedimento administrativo ou do contencioso administrativo em outros países. No Brasil, as leis mais gerais de processo administrativo começaram a surgir há poucos anos (no final dos anos 1990) e têm ainda conteúdo e âmbito de aplicabilidade restritos (até por que, além da União, cada Estado e cada Município pode editar a sua). A Constituição mencionou a figura do processo administrativo, para assegurar o contraditório e a ampla defesa a litigantes e acusados. Só que o conteúdo dessas garantias e sua aplicabilidade em cada caso ficaram para ulterior deliberação legal ou regulamentar (e há normas singulares em diversos campos), ou para a interpretação judicial, que está longe de haver consolidado muitas orientações de aplicabilidade realmente geral.

Em matéria organizacional do estado – tipos de órgãos e de pessoas jurídicas e vínculos básicos entre eles – há sim normas gerais na Constituição. Só que elas são mais para autorizar regimes diversificados, salvo algumas regras e aspectos. Elas certamente não unificam tudo. Essas normas admitem, por exemplo, que o estado, além de modelos organizacionais exclusivos (administração direta de qualquer dos Poderes e autarquias), use outros, presentes também no mundo não estatal (empresas e fundações comuns, privadas).

Em matéria funcional (servidores públicos), conquanto haja várias normas na Constituição (sobre requisitos de acessibilidade aos cargos públicos, sobre remuneração, etc.), também não há unificação de regime, longe disso. Convivem, nas múltiplas entidades e nos diversos níveis da Federação, regimes funcionais distintos. Em certos casos, usa-se o regime trabalhista da legislação nacional, o das empresas do setor privado (a Consolidação das Leis do Trabalho e leis posteriores). Mas cada unidade da Federação, União, Estados e Municípios, também pode editar leis próprias com seus regimes estatutários, os quais estão limitados apenas pelos aspectos que a Constituição federal tratou – aspectos esses que são bem importantes, mas ainda assim deixam significativo espaço para variação.

Quanto aos bens de propriedade das entidades estatais, também não há regime unificado em seus múltiplos aspectos. Há sim algumas normas gerais nacionais para espécies importantes de propriedades estatais – normas principalmente da Constituição e do código civil – mas os regimes se multiplicam em seguida, em normas federais (para bens da administração federal), normas editadas por cada estado e normas de cada município. Além disso, as propriedades das entidades estatais privadas (empresas estatais e fundações comuns) seguem em maior medida as regras do código civil e demais leis civis.

Mesmo para as contratações estatais (assunto que envolve as licitações), que talvez seja o campo com mais legislação de caráter geral, nacional, há múltiplas alternativas. Sem contar toda a legislação contratual ordinária (do código civil e outras leis nacionais comerciais e civis), há um catálogo de leis sobre as contratações estatais, com âmbitos bem variados de aplicação – algumas para todas as entidades estatais, ou quase, e outras setoriais – e com soluções específicas.

Essas referências bastam para dizer, em resumo, que o Brasil: a) não promoveu, por meio de legislação para as entidades estatais, unificação geral de regime em nenhum desses temas importantes (organização, propriedade, contratos, trabalho e processo administrativo); e b) não excluiu em bloco o uso, pela administração direta de qualquer

dos Poderes e pelas autarquias, e menos ainda pelas entidades estatais privadas (empresas e fundações comuns), dos regimes jurídicos ditos privados.

Em 2018, por meio da lei federal nº 13.655, ocorreu uma reforma legislativa que pode se tornar importante como fator de uniformização nacional. Foram incluídos 10 dispositivos na tradicional Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (decreto-lei nº 4.657, de 1942), já então dedicada a temas como vigência nas leis no tempo, proteção de direitos adquiridos e princípios jurídicos gerais de interpretação jurídica. Agora, a Lei de Introdução também conta com normas sobre criação, interpretação e aplicação especificamente do direito público, as quais têm de ser observadas por todos os Poderes e por todos os entes da Federação. São exemplos: a proibição da incidência retroativa de interpretação nova de normas de direito público, a previsão de direito a regime adequado de transição quando do surgimento de novas orientações, a autorização geral para a celebração de compromissos quando da aplicação do direito público, etc.

O vocabulário dessa lei remete a conceitos gerais de direito administrativo, como esfera administrativa, ato administrativo, ato público de caráter geral, contrato administrativo, ajuste administrativo, processo administrativo, norma administrativa, jurisprudência administrativa, prática administrativa, licença, consulta pública, autoridade administrativa, compromisso administrativo, regulamentos administrativos, súmulas administrativas e consultas à autoridade pública. Em alguns dos dispositivos, há certos elementos de conceituação dessas figuras, mas não para todas. De qualquer modo, a lei previu condicionamentos, deveres, direitos e proibições a elas vinculadas, os quais de agora em diante enriquecem de modo relevante o repertório normativo nacional do direito administrativo brasileiro.

Afora exceções como esta Lei de Introdução, cujo conteúdo se aplica aos mais distintos temas do direito administrativo brasileiro, este se caracteriza pela reunião de normas específicas de aplicabilidade nacionais como, em maior medida, de normas de aplicabilidade parcial. Ele tem suas normas específicas nacionais, que valem para toda a máquina do estado, em qualquer Poder e entidade da Federação, mas cuidam de tema focado. Um exemplo são as regras que exigem concurso público para trabalhar nas entidades estatais; outro é a lei de improbidade, com sanções a serem impostas judicialmente contra agentes públicos que cometam infrações graves. Mas o maior volume das leis administrativas é de aplicabilidade parcial quanto aos sujeitos ou à matéria, isto é, normas que valem para uma ou algumas unidades do estado ou somente para atividades bem específicas.

Os desafios que essas normas parciais propõem para os administrativistas são enormes. Para que o conhecimento a respeito de um ramo jurídico seja viável e acessível é preciso sistematizá-lo por meio de conceitos de síntese e de classificações simplificadoras. O direito administrativo que conhecemos como tal, da leitura de tratados e manuais brasileiros, é uma sistematização feita a partir sobretudo das normas mais globais ou mais antigas – ou feita mesmo sem base normativa, a partir de referências estrangeiras ou de modelos ideais. O problema é que o direito das normas parciais por vezes é outro, diferente daquele contido nas normas ou ideias consideradas na sistematização.

É verdade que, p.ex., a lei que organiza a polícia civil em certo estado da Federação, a lei federal sobre as infrações administrativas ambientais e a lei do município de São Paulo sobre publicidade em espaços públicos, mesmo sendo focadas, quanto a seu temário e quanto aos órgãos competentes para aplicá-las, não instituem um sistema conceitual,

organizacional e processual com pretensões de autonomia. São leis setoriais dependentes, isto é, leis cujo sentido, cujo funcionamento e cuja execução dependem logicamente de sua integração ao conjunto maior, conceitual e legal, do direito comum administrativo. Esse conjunto permite que se afirme a existência de certa identidade, certo modo de ser do direito administrativo.

Mas a sistematização geral do direito administrativo – e sua autonomia como ramo jurídico, em especial pela contraposição ao direito privado – jamais foram projetos importantes do direito positivo brasileiro, antes ao contrário; os legisladores têm sido sempre muito pragmáticos, pouco simpáticos a fórmulas fechadas. Prova disso é que, enquanto outros ramos clássicos do direito têm expressa previsão constitucional (direito civil, comercial, penal, processual civil e penal), e isso para se atribuir ao Congresso Nacional a competência para a edição de legislação unificadora, o mesmo não acontece com o direito administrativo, em relação ao qual há pulverização da competência legislativa entre a União, os Estados da Federação e os Municípios, salvo algumas exceções.

Ademais, em virtude mesmo da ampliação e dos objetivos desenvolvimentistas, a partir dos anos 1930 o repertório do direito aplicável à administração se tornou sempre mais variado e eclético (quanto aos modelos de organização das entidades estatais, os tipos de contratos, as soluções para a regulação econômica, os regimes funcionais dos servidores públicos, etc.).

Por fim, há muita heterogeneidade na interpretação e aplicação do direito administrativo no Brasil, mesmo quanto às normas constitucionais e legais de caráter nacional (ex.: leis de licitação e contratação públicas e lei de responsabilidade fiscal), cujo objetivo seria, em tese, propiciar a ampla uniformização das práticas administrativas nos diversos níveis federativos. O sistema brasileiro acabou, na prática, conferindo grande autonomia na interpretação jurídica às administrações públicas federal, estaduais e municipais, e também aos órgãos de controle externo dos diversos níveis da Federação (tribunais de contas da União, dos Estados e dos Municípios).

Segundo o modelo ideal, o conflito dessas interpretações locais deveria ser eliminado pelo Judiciário. Mas, com sua tradicional lentidão, ele não tem conseguido uniformizar, nacionalmente e com rapidez, a interpretação das inúmeras questões jurídicas relevantes de gestão pública. Mesmo a multiplicação, sucessão e rapidez das intervenções de juízes de instâncias inferiores, em muitos assuntos administrativos novos e importantes (ex.: a proteção da saúde), têm ocorrido sem um controle uniformizador eficaz das instâncias superiores. E isso apesar da existência do Tribunal Superior de Justiça, para uniformizar as interpretações das leis nacionais, e do Supremo Tribunal Federal, para fazer o mesmo no âmbito constitucional. Em suma, no Brasil, tribunais de contas e juízes de direito de instâncias inferiores têm desfrutado, em termos reais, de autonomia para a variação pretoriana do direito administrativo, uma variação excessiva e prejudicial.

4. A Força Do Estatismo E Do Antiliberalismo No Pensamento De Direito Administrativo No Brasil.

Apesar disso tudo, os juristas têm se preocupado em defender e construir o direito administrativo como ramo autônomo e sistemático e, em seus tratados e manuais, buscam estabilizar teorias e conceitos.⁴ Esse trabalho de identificar e descrever institutos próprios dialoga talvez mais com a tradição doutrinária do que com o direito positivo e a experiência

⁴ Para uma visão de conjunto a respeito dessas construções teóricas na história brasileira, Fernando Dias Menezes de Almeida, *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*, São Paulo, Ed. Quartier Latin, 2015.

jurídica, de modo que teorias e conceitos frequentemente vêm deduzidos de ideias e valores muito abstratos: interesse público, oposição entre público e privado, etc.

Desde a década de 1960, a estratégia doutrinária mais comum tem sido enunciar mais e mais princípios, com o objetivo de obter deles a identidade e autonomia do direito administrativo (preocupação teórica)⁵ e, ao mesmo tempo, usá-los como principal utensílio da prática jurídica (preocupação operacional). Isso muitas vezes provoca tensão e insegurança, pela falta de aderência entre o que o direito positivo efetivamente contém e o que os juristas dizem que ele é, ou deveria ser.

Por outro lado, o certo é que, tanto por razões políticas como pelas preferências doutrinárias, ainda se mantém viva uma tendência mais estatista, pouco liberal, dos primeiros tempos de nosso direito administrativo. E isso apesar da abertura a modelos privados (caso das empresas estatais, p.ex.) e das reformas regulatórias (introduzindo flexibilidade e competição em serviços públicos, p.ex.). Boa parte da ação do estado tem sido sustentada por exclusividades, privilégios, superioridades e especialidades, e isso está refletido no campo administrativo também nesta nova fase.

Esse reflexo pode ser medido pelo prestígio da doutrina que defendeu a *supremacia do interesse público sobre o privado* não só como princípio geral, mas como verdadeira base de todo o direito administrativo. Pode parecer intrigante essa doutrina ter feito sucesso justamente nas décadas finais do século XX, quando o estado já estava envergando trajes empresariais e, por isso, a legislação administrativa ficara mais eclética. Mas o fato é que essa doutrina vingou, e só recentemente surgiu no Brasil um movimento forte para contestá-la.⁶

⁵ José Cretella Jr., professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, radicalizando a defesa da construção “científica” do direito administrativo pela identificação de seus princípios, deu início no Brasil, em 1966, à “onda principiológica” que viraria epidemia nas décadas seguintes.

Disse ele: “Cabe ao cultor do direito público reformular a experiência jurídica à luz de princípios próprios, estremando o público do privado, submetendo a um tratamento adequado de direito público os institutos que lhe são típicos.” (“As categorias jurídicas e o direito administrativo”, em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 85, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, julho-setembro de 1966, pp. 28-33).

Em outro trabalho da época, insistiu na necessidade dos princípios: “Inúmeros institutos de direito administrativo têm sido mal entendidos porque prevalece ainda a mentalidade privatística, que equaciona os problemas do direito público em termos próprios do direito comum, levando para o novo campo os próprios resultados alcançados.” (“Regime Jurídico das Fundações Públicas no Brasil”, em *Revista de Direito Administrativo*, vol. 90, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, outubro-dezembro de 1967, pp. 459-469).

Logo a seguir, em 1968, no artigo “Princípios Informativos do Direito Administrativo” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 93, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, outubro de 1968, pp. 1-10), o autor lamentou o casuismo doutrinário dominante: “Não se empreendeu ainda estudo sistemático dos pressupostos filosóficos do direito administrativo, subordinado ao título *princípios informativos do direito administrativo*, encontrando-se apenas, de maneira esparsa e assistemática, conforme as circunstâncias, a referência específica a um determinado princípio, que se põe na raiz do tema desenvolvido, garantindo-lhe a validade.” (p. 2). E aí propôs: “Cumprir, então, descobrir uma série de princípios exclusivos do direito administrativo, proposições que fundamentem os institutos deste ramo jurídico e que lhe confirmem traços inequívocos, que os estremem dos congêneres de outros campos.” (p. 5).

O lamento e as ideias encontraram um seguidor fiel e entusiasmado em Celso Antônio Bandeira de Mello, então professor iniciante, que, em seu livro *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, usaria termos muito semelhantes para divulgá-las, embora sem citar o precursor (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, pp. 292 e ss.).

⁶ Cretella Jr., o iniciador da “onda principiológica”, perguntou: – “Quais são os *princípios informativos do direito administrativo*?”, para logo constatar: “Uma primeira proposição acode à mente dos administrativistas que cogitam do tema – o *interesse público prepondera sobre o interesse privado*.” Conquanto o autor argumentasse não se tratar de princípio setorial, mas comum a todo o direito público, não deixou de reconhecer: “este princípio, *princípio da supremacia do interesse público* ... informa todo o direito administrativo”. (“Princípios Informativos do Direito Administrativo”, cit., p. 4).

Bandeira de Mello, discípulo de Cretella Jr. quanto a isso, acabou sendo o vulgarizador do princípio da supremacia, por conta de obra didática que lançou posteriormente (*Elementos de Direito Administrativo*. S.Paulo, Ed. RT, 1980, pp. 3-34).

A ideia abstrata original de direito administrativo, cujo peso ainda é enorme no mundo jurídico brasileiro, foi produto de um dogma e de duas classificações. O dogma é o da unidade e coerência interna do direito administrativo. Para os administrativistas brasileiros, esse ramo não seria simples conjunto de normas agrupado a partir de algum critério pertinente. Ele seria bem mais: um “conjunto sistematizado de princípios e regras”, dotados de “relação lógica de coerência e unidade”, de “unidade sistemática”, formando assim o “regime jurídico-administrativo”.⁷ Trata-se de um dogma, que não é questionado nem testado, apenas demonstrado pela enunciação de características e princípios supostamente capazes de confirmá-lo.⁸

Quanto às classificações que estão na base da ideia de direito administrativo, a primeira dividiu a totalidade do ordenamento jurídico em duas metades opostas: o direito privado, que disciplina relações igualitárias entre sujeitos livres, os particulares; e o direito público, para a organização interna do estado e a disciplina de suas relações com os particulares, baseadas na supremacia e na autoridade. O direito administrativo seria um dos ramos deduzidos da classificação subsequente, que decompôs o direito público segundo a Separação de Poderes, de modo que ele formaria um sistema unitário, articulado e coerente de princípios e regras, constituindo-se no ramo do direito público específico da função administrativa, isto é, da produção de regulamentos, contratos e atos administrativos, dotados de prerrogativas públicas.⁹

Tempos depois, quando já virara moda a “princiologia”, o tal princípio seria contestado de modo consistente por Humberto Bergmann Ávila (“Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*. S.Paulo, 1998, n.º 24, pp. 159-180), em crítica depois amplificada por Gustavo Binbenbim (*Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 81-124).

A polêmica esquentou e hoje está bem representada em farta literatura, de que são emblemáticos dois livros, um defendendo o tal princípio (Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (org.). *Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2010), o outro combatendo-o (Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos x interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005).

⁷ As expressões são de Celso Antônio Bandeira de Mello que, tendo sido o administrativista com maior influência intelectual no Brasil a partir da década de 1980, será citado diversas vezes a seguir. (*Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., S.Paulo, Malheiros, 2013, p. 53.). Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra de referência, surgida em 1990 e possivelmente a mais adotada na atualidade, fiel a seu estilo mais contido, não chega a defender o caráter sistemático, mas aceita a noção de “regime jurídico-administrativo”, em que ele está implícito (*Direito Administrativo*, 25ª ed., S.Paulo, Atlas, 2012, p. 61 e ss.). Esse caráter é também pressuposto por autores mais recentes, mesmo seguindo referências outras para indicar o “critério fundamental” do sistema. No caso de Marçal Justen Filho, p.ex., o critério seria a “supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais” (*Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., S.Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 158).

⁸ Bandeira de Mello limita-se a lembrar que é “questão assente entre todos os doutrinadores a existência de uma unidade sistemática de princípios e normas que formam em seu todo o Direito Administrativo” (op. cit., p. 53) e passa a discutir os critérios por trás dessa unidade, que concluirá como sendo os princípios do direito administrativo, cujo sentido e fundamento procura expor. Sua exposição, contudo, em nenhum momento envolve o questionamento propriamente dito dessa “unidade sistemática”, a qual permanece pressuposta na constatação de que o direito administrativo é um ramo do direito.

⁹ Bandeira de Mello definiu o direito administrativo como “o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem”; afirmando que a função administrativa “no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.” A seguir, aludiu ao “regime jurídico-administrativo”, que estaria assentado sobre os “princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.” Em coerência, ao tratar das “vias técnico-jurídicas da ação administrativa”, explicou o ato administrativo como produzido “no exercício de prerrogativas públicas” e o contrato administrativo como sujeito às “cambiáveis imposições de interesse público” (op. cit., pp. 36, 37, 55, 57, 389 e 633).

Entender o regime jurídico do exercício do poder de autoridade, quando ele está presente – seus condicionamentos, sua extensão, seus limites – é por certo algo importante. Faz sentido também, em certos casos, alguma comparação com as relações jurídicas nascidas do acordo de vontades entre sujeitos iguais. Mas boa parte das atividades do estado não envolve diretamente exercício de autoridade, de modo que, se o conceito de direito administrativo estiver necessariamente vinculado a esse critério, muitas daquelas atividades cairiam fora desse ramo.¹⁰

São muitos os exemplos de atividades estatais que não envolvem uma relação de autoridade. O mais clássico é o da celebração, entre as pessoas públicas e os particulares, de contratos sob o regime do direito civil ou comercial, que continuou sendo admitida como possível, mesmo em confronto com a ideologia segundo a qual o natural seria o estado ter um direito próprio, só dele, oposto ao privado. Alguns especialistas tentam resolver essa contradição admitindo, muito pragmaticamente, que toda regra tem exceção, e que uma delas seria o uso do direito privado pelo estado.¹¹

Essa explicação, porém, deixa dois problemas. O primeiro é que, se o direito para o estado não é só o administrativo, mas também seu oposto, o privado, seria preciso que as muitas dúvidas quanto ao direito possivelmente aplicável nas relações do estado fossem resolvidas por uma espécie de direito prévio, que fixasse os critérios para a escolha entre o público e o privado e resolvesse os conflitos. Essas dúvidas, lógico, não seriam assunto do próprio direito administrativo visto como direito da autoridade, pela razão evidente de que lhe são anteriores. Então, em que ramo se poderia buscar resposta a essas dúvidas fundamentais, se o próprio direito maior, o direito público, de que o administrativo seria derivado, também é um direito da autoridade, e por isso não poderiam sair dele os critérios para optar pelo não público?

Em suma, para que o sistema fosse completo seria preciso haver para o estado um direito anterior ao público e ao privado, em que estivessem definidas as possibilidades de uso de um ou outro. Mas que direito anterior seria esse? Algumas teorias, apesar de inspiradas na ideia de sistema, de sugerirem o caráter exaustivo da classificação do direito em ramos e de afirmarem a obrigatoriedade, para a administração, do regime jurídico administrativo formado de prerrogativas e sujeições, não dão resposta substantiva completa a essa dúvida.¹²

¹⁰ Maria Sylvia, embora conceitue o direito administrativo como “ramo do direito público”, o que tradicionalmente remete à ideia de prerrogativas, parece aceitar os regimes privado e administrativo como possíveis para a administração pública, o que, a rigor, levaria o direito administrativo (ou direito da administração) a ser composto de ambos: “A expressão *regime jurídico da Administração Pública* é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão *regime jurídico administrativo* é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.” (op. cit., pp. 48 e 61). Apesar de alguma hesitação terminológica, a tendência da autora é aproximar, senão associar, a atividade privada do estado ao direito administrativo, ao contrário de Bandeira de Mello, aparentemente pouco disposto a fazer essa vinculação.

¹¹ Hely Lopes Meirelles, autor do livro de referência possivelmente mais vendido na história brasileira, cuja primeira edição é de 1964, tratou o uso do direito privado pela administração como uma excepcionalidade. Após haver definido o direito administrativo brasileiro como o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”, esclareceu que “atividades públicas” seriam “atos da Administração Pública, praticados nessa qualidade, e não quando atua, excepcionalmente, em condições de igualdade com o particular, sujeito às normas de Direito Privado” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., S. Paulo, Malheiros, 1996, p. 29).

¹² Bandeira de Mello não dedica grande atenção ao problema, embora afirme, citando como exemplo as empresas estatais, que o “Estado, no exercício da função administrativa, pode desenvolver atividades sob

A segunda incógnita é que, com a criação e crescimento das empresas estatais, inspiradas nos modelos empresariais comuns, o uso das fórmulas de direito privado pelo estado não pode mais ser considerado uma exceção. A opção pragmática dos administrativistas tem sido abrir capítulos para tratar das empresas estatais e de outros casos de uso do direito privado pelo estado (embora, para tratar disso, os juristas brasileiros sejam pouco simpáticos à expressão *direito administrativo privado*).

Mas, em termos lógicos, isso significa abandonar a ideia original de direito administrativo como direito da autoridade, transformando-o em algo distinto, um direito estatutário, isto é, próprio de uma categoria de sujeitos (no caso, todas as entidades estatais). Além disso, supõe a substituição da ideia original de direito administrativo por outra: a de direito comum do estado, marcado pela heterogeneidade.

Essa ampliação tem a vantagem suplementar de suprir uma insuficiência da explicação que tende a descrever como de direito privado a generalidade dos casos em que o estado não usa poder de autoridade. As atividades de fomento, a assistência social, os serviços do estado culturais e educacionais, mesmo a gestão do patrimônio estatal, e outros tantos casos em que não entra o poder de autoridade no regime jurídico em que atua o estado, tudo isso normalmente tem suas leis e características específicas, feitas sob medida para o estado e para as situações, não se cogitando de aplicar o direito privado. Não há uso de autoridade nesses casos, mas nem por isso o estado está agindo pela lógica do código civil e de outras normas equivalentes, mas de um regime próprio, fruto de opções legislativas casuísticas.

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

A verdade é que os conceitos jurídicos nas áreas dogmáticas – como o conceito de direito administrativo – não servem apenas à descrição do direito positivo. Sua principal função acaba sendo a de influir na interpretação e aplicação jurídica. São conceitos com funções prescritivas. Assim, os destinatários que se aproximam do direito administrativo mirando-o instintivamente como direito da autoridade, ou direito do interesse público, irão, com alguma naturalidade, aplicá-lo sob a influência dessa ideia e tenderão a soluções autoritárias.

Quando se diz, no Brasil, que o direito do estado é em princípio o administrativo e que ele é normalmente um direito dos atos de autoridade, as pessoas são induzidas com facilidade a aceitar a tese de que a supremacia estatal e os poderes do estado sobre os

um regime *parcialmente sujeito ao direito privado*", caso em que "tais sujeitos não desfrutarão nem de uma posição privilegiada, nem de uma posição de supremacia em suas relações com os particulares". Mas o autor sustenta, a seguir, que isso "evidentemente não significa elisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, nem exclusão, para elas, do enquadramento em todas as demais características, a seguir mencionadas, próprias do regime jurídico administrativo." O autor sintetiza essas características enunciando o princípio da "indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos". (op. cit., p. 76). Em outro ponto da obra, o autor também admite que as entidades públicas celebrem contratos que sejam regidos pelas normas de direito privado "em seu conteúdo", mas não "quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação" (op. cit, p. 627). A orientação do autor é claramente a de minimizar ao máximo a influência do direito privado nas entidades estatais (inclusive nas empresas estatais), o que talvez justifique que sua obra não se dedique a deduzir critérios gerais para determinação dos casos em que essa influência seria possível, tampouco a discutir se tais critérios fariam ou não parte do direito administrativo ou de algum outro ramo jurídico, superior ou lateral.

particulares se presumem.¹³ Daí tem sido só um pequeno passo até aceitar – ou mesmo exigir – que, em nome de valores supostamente transcendentais, haja um regime jurídico único para as relações do estado com os particulares, no qual esteja sempre embutido o signo da autoridade.

Uma alternativa conceitual adotada pela doutrina tem procurado definir o direito administrativo como um direito de sujeições exigidas pela presença do interesse público (limitações ou condicionamentos à atuação dos agentes estatais, como os deveres de impessoalidade, de publicidade, de motivar os atos, de fazer licitação para celebrar contratos, etc.). Só que, nessa versão, em que o direito administrativo aparece como o direito do interesse público, ele ainda é visto, normalmente, pelos administrativistas brasileiros, como o completo oposto do direito privado (o direito dos interesses privados).

Por que o empenho, no Brasil, em garantir a sobrevida dessa classificação público x privado como base essencial do direito administrativo? Que razões têm havido para se afeerrar a ela?

Nos países que adotaram a dualidade de jurisdição, como a França, em que o Judiciário ficou em princípio como Justiça dos particulares e a administração ganhou a Justiça administrativa, manter alguma dicotomia parece indispensável, pois do contrário não se teria como distinguir as competências de cada jurisdição, a comum e a administrativa. Nesse caso, a dicotomia não poderia ser apenas subjetiva, considerar somente o sujeito envolvido no litígio, pois, no caso da França, p.ex., a Justiça administrativa nunca foi competente para todos os processos envolvendo a administração; parte deles ficou no âmbito de competência do Judiciário. Isso justificou a preservação da dicotomia público x privado, e a adoção do critério do interesse público para a distinção.

A utilidade de um conceito do direito administrativo como distinto do direito comum privado também pode existir em países sem dualidade de jurisdição e, portanto, sem Justiça administrativa. No modelo de alguns países latino-americanos, os processos contenciosos envolvendo direito administrativo, mesmo sendo de competência do Judiciário comum, seguem um regime processual específico, previsto na lei do contencioso administrativo e distinto do regime dos processos judiciais comuns (processos civis). Nesses países, são necessários critérios para distinguir a matéria contencioso-administrativa das matérias comuns, pois com esses critérios se identifica a lei processual aplicável. Para esses países, assim como para os que adotam a dualidade de jurisdição, faz sentido que o conceito de direito administrativo dê resposta ao problema prático fundamental de saber em cada caso qual o regime processual aplicável (o do processo contencioso-administrativo ou o do processo comum, civil). Logo, para esses países, distinguir o administrativo do privado é questão central do direito administrativo.

Mas, em termos de pura racionalidade, isso não têm tanto relevância no Brasil, onde não há Justiça administrativa nem um direito processual específico do contencioso administrativo. Entre nós, a divisão interna de competências judiciais não usa a dicotomia público e privado; e o regime geral aplicável aos processos judiciais das entidades estatais é o do direito processual civil. A Justiça estadual brasileira (a comum) é competente tanto

¹³ É no mínimo arriscado afirmar, p.ex., ainda mais quando se descreveu como unitário o caráter do direito administrativo, que “a supremacia do interesse público sobre o privado” é “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, e que isso “(s)ignifica que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto.” (Bandeira de Mello, op. cit., pp. 70-71).

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

No Brasil, exatamente por que a divisão de competências judiciais, ao menos no caso da Justiça federal, baseia-se no critério subjetivo (isto é, no tratar-se ou não de uma pessoa jurídica estatal), é este o critério que provavelmente deveria ter mais prestígio para organizar os ramos do direito, o que logicamente importaria o abandono da ideia de direito administrativo como oposto ao privado. Mas a comunidade jurídica brasileira não tem se entusiasmado com esse caminho.

A oposição entre o público e o privado tem contado com razões ideológicas para ser mantida. No Brasil, onde o estatismo foi forte desde o início – e só fez aumentar com o tempo – as ideias liberais sempre foram vistas com muita desconfiança. Nesse prisma ideológico, o público é o bem, o privado é o mal (que, aliás, cabe ao público corrigir).¹⁴ O direito administrativo é o direito do interesse público, do bem, enquanto o direito privado é o direito do egoísmo privado, do mal.

Nesse ambiente polarizado, a conservação da dicotomia tem cumprido funções políticas antiliberais. Mesmo porque não se trata de dicotomia baseada na simples separação entre público e privado, mas na oposição entre eles, o público contra o privado. Assim, o direito administrativo ainda tem sido visto como um direito público *contra* o privado.

E isso em dois sentidos. Em primeiro lugar, um direito contra os agentes privados, um direito muito forte para (o estado) combater o mal privado. Isso tem dado sobrevida ao critério da autoridade, justificando que os poderes e a supremacia do estado sobre os privados sejam muitas vezes presumidos ou exacerbados. Em segundo lugar, tem-se sustentado que o direito para o funcionamento do estado não pode se parecer com as práticas privadas (vistas como egoísticas ou até maliciosas), justificando que as sujeições sobre os próprios agentes estatais sejam normalmente presumidas e maximizadas. Por essa visão, o direito administrativo acaba sendo definido como a perfeita antítese do direito privado.¹⁵

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

¹⁴ É significativo que um autor influente como Bandeira de Mello, justamente no capítulo inicial de sua obra, tratando do “direito administrativo e o regime jurídico-administrativo” e de suas “bases ideológicas”, após aludir à opção brasileira pelo Estado Social e Democrático de Direito, tenha feito considerações muito críticas à “privatização”, à “reforma do estado”, ao “neoliberalismo”, à “globalização”, às “forças hostis aos controles impostos pelo Estado e aos investimentos públicos por ele realizados”, e ao “ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada País quanto no plano internacional” (op. cit., pp. 51-52).

¹⁵ Bandeira de Mello sustentou que um dos “princípios subordinados” da “supremacia do interesse público sobre o privado” seria o das “restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública”, explicando que, por força dessa característica, “o Direito Administrativo desvenda não ser um instrumento de atuação estatal marcado tão só pelas prerrogativas de autoridade, conquanto defensivas do interesse público, mas exibe a sua marca mais expressiva: a do comprometimento com os interesses da sociedade (como o queria Duguit), em nome dos quais erige barreiras defensivas contra quem quer que esteja no desempenho de atividade estatal (...)”. A seguir, enfatiza o autor: “Este, de resto, é justamente um traço fundamental na identificação da antítese entre direito privado e direito público.” (op. cit., p. 74).

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

O que dizer dessas concepções?

Parte significativa das soluções que o direito positivo concebe para o estado – inclusive as competências de autoridade e as sujeições – são especiais para ele, exclusivas dele. Constatar e descrever essa exclusividade tem sido útil e relevante. Mas isso não legitima que os intérpretes usem no direito administrativo algo como o *princípio da antítese ao privado*, princípio esse de conteúdo prescritivo, para o fim de levar as diferenças do direito estatal bem além do ponto em que o direito positivo as tiver colocado.

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

Mas isso não é razão para administrativistas brasileiros se aferrarem à antítese entre público e privado como alicerce do direito administrativo todo, tampouco para sacarem dela princípios gerais do direito administrativo que aumentem do modo artificial os poderes do estado ou as sujeições dos agentes públicos. Em outros países, a distinção, mesmo tendo seus perigos, pode se justificar pela necessidade de oferecer critérios gerais para identificar a Justiça competente ou o regime de direito processual aplicável em cada caso. No Brasil não.

Assim, quem no Brasil, para fins de definição geral do direito administrativo, tem se apegado à antítese e a seus princípios gerais, está, de forma consciente ou não, tomando partido por interpretações estatistas e antiliberais para o direito administrativo, e aceitando que, mesmo sem base em normas específicas, se adote alguma presunção em favor de mais poderes para a administração ou mais sujeições sobre os agentes estatais. Afinal, é sobretudo para isso que, no plano da conceituação geral do direito administrativo, a antítese vem servindo no Brasil.

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

Bibliografia.

- Murilo de Carvalho, José. (2002). *Visconde do Uruguai*. S.Paulo, Ed. 34.
- Ari Sundfeld, C. (2014). *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª. ed., São Paulo: Malheiros.
- Ari Sundfeld, Carlos (org.). (2002). *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros.
- Seabra Fagundes, Miguel. (1984). *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª. ed., S.Paulo: Saraiva.

- Dias Menezes de Almeida, Fernando. (2015), *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*, São Paulo: Quartier Latin.
- Cretella Junior, José. (1966). “As categorias jurídicas e o direito administrativo”, en *Revista de Direito Administrativo*, vol. 85, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, julho-setembro de 1966, pp. 28-33.
- Bandeira de Mello, Celso Antônio. (2013). *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., S.Paulo: Malheiros.
- Zanella Di Pietro, Maria Sylvia (2012). *Direito Administrativo*, 25ª ed., S.Paulo: Atlas.
- Justen Filho, Marçal. (2013). *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., S.Paulo, Revista dos Tribunais.
- Lopes Meirelles, Hely. (1966). *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., S.Paulo: Malheiros.