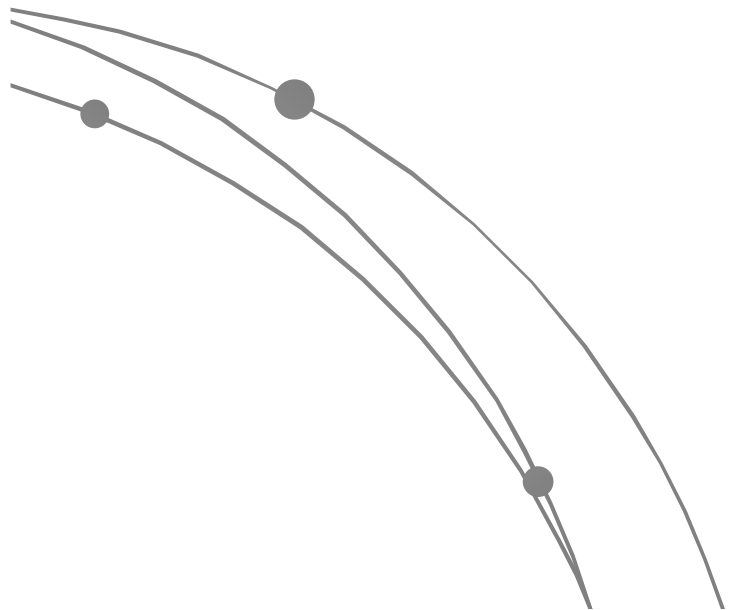


ORIGEM E PERSPECTIVAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO



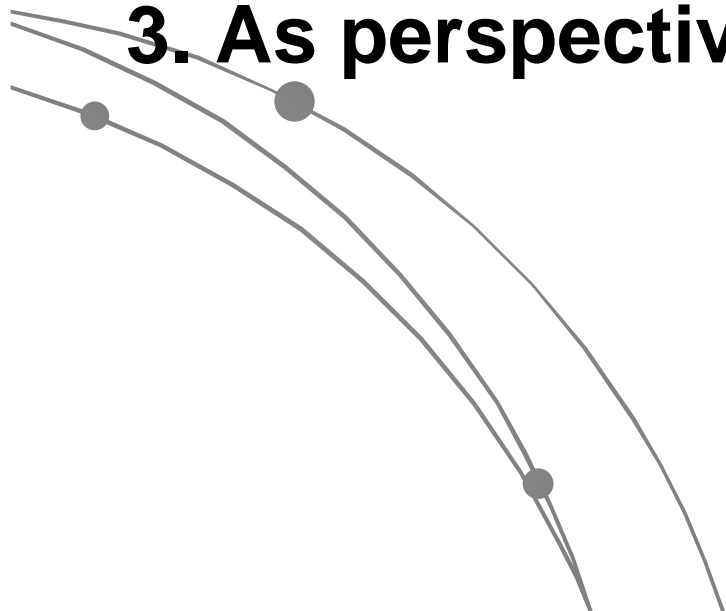
Marcos Henrique Machádo¹

Sumário

1. A origem do Direito Administrativo

2. O Direito Administrativo no Brasil

3. As perspectivas do Direito Administrativo



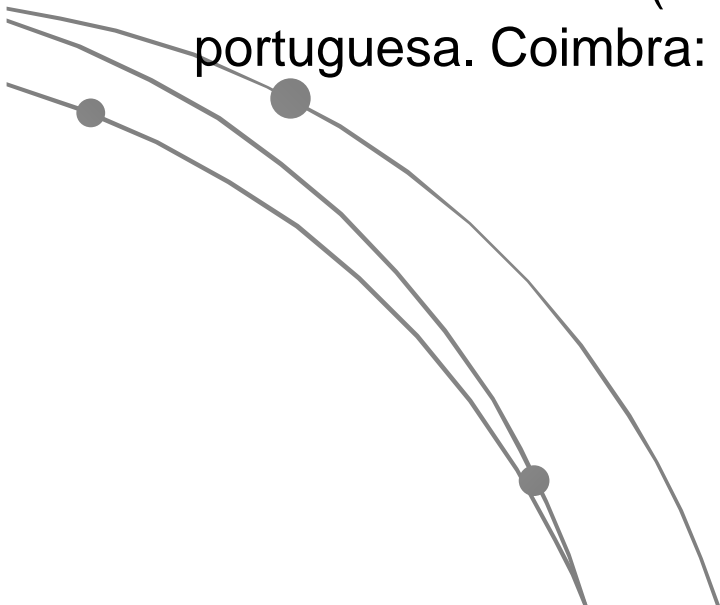
1. A ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO

- Na Inglaterra, depois nos Estados Unidos e na França emergiram os fatos sociais que conceberam o Direito Administrativo, a partir das revoluções inglesas (Civil em 1642, que gerou a Petição de Direitos, e a Gloriosa em 1688, que culminou com a Declaração de Direitos = *Bill of Rights*), Americana (1776) e a Francesa (1789), a qual o positivou. (ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milão: Dolt, A. Giuffrè, 1958, v. 1, p. 38-41)
- Como disciplina jurídica, a Universidade de Paris foi a primeira a inseri-la no curso de Direito. (ZANOBINI, Guido. *Op. cit.*)

- Juristas franceses consideram as leis de Napoleão Bonaparte como ponto de partida do Direito Administrativo, porque depois disso nenhuma renovação radical afetou a organização estabelecida, *“de estilo militar, descentralizada e hierarquizada, que respondia a um regime autoritário na ordem pública, liberal na ordem econômica”*. O que estava em curso era a obra da Revolução, de desmantelamento das instituições do antigo regime. É, pelo menos na aparência, a tábua rasa, a ruptura total com o passado. (RIVERO Jean. *Direito administrativo*. Trad. portuguesa. Coimbra: Almedina, 1981. p. 26-29)

- Na França, o sistema de divisão do Poder Público diferenciou-se, portanto, do modelo inglês, separando-se da justiça ordinária a jurisdição destinada ao controle da Administração, mesmo quando litigando com os particulares.
- O conteúdo do Direito Administrativo passou a ser enriquecido, então, com princípios, teorias e conceitos elaborados pela jurisprudência pretoriana daqueles dois tribunais, suprimindo as lacunas da legislação do Direito Público.

- Firmou-se a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, aquele identificado pelo serviço público; a definição da responsabilidade do Estado; as teorias dos contratos administrativos e de emprego público, etc. Consolidou-se o Direito Administrativo, “largamente jurisprudencial”, como disciplina jurídica autônoma e *direito comum* da Administração, especialmente em confronto com o Direito Civil. (RIVERO Jean. *Direito administrativo*. Trad. portuguesa. Coimbra: Almedina, 1981. p. 36)



2. O DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

- As ordenações do Reino de Portugal aplicadas no período colonial continham copiosas normas sobre a Administração, esta ainda indistinta da legislação e da jurisdição, refletindo o absolutismo do monarca, parcialmente transmitido aos seus agentes.
- A Constituição Imperial de 1824, outorgada sob a influência do liberalismo político, adotou o sistema de divisão do poder e garantiu os direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros.

- Essa organização básica do Estado nacional permaneceu em todas as Constituições posteriores, mesmo naquelas em que se apoiavam governos autoritários.
- Com a criação dos cursos jurídicos, pela Lei de 11 de agosto de 1827, foi o Direito Administrativo introduzido nos seus programas. (CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro, 1859)
- Pela Constituição de 1891, foi o Brasil reorganizado como República e Federação, constituída pela “*união perpétua e indissolúvel das antigas províncias*”, que passaram a Estados federados.

- A consulta aos primeiros compêndios de Direito Administrativo posteriormente publicados já revela o considerável crescimento da Administração Pública federal, sob os aspectos orgânicos e materiais, sobretudo a partir de 1930, com o aumento do número de Ministérios e dos seus órgãos. (VASCONCELLOS, José Mattos. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936)

- Igualmente, expandiu-se a legislação com as primeiras codificações parciais: o Código de Águas, o Código de Minas e o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

- Operou-se a descentralização institucional, dando origem às autarquias, atuando com inegável eficiência em vários setores da Administração, com o desembaraço próprio das pessoas jurídicas de Direito Público.

- Evidentemente, foi incorporado ao Direito Administrativo nacional o dos Estados e Municípios, entes políticos dotados de autonomia, identificada pela competência legislativa para dispor sobre sua organização administrativa.

3. AS PERSPECTIVAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

- Não é tarefa simples prever o futuro do Direito Administrativo.
- Primeiro porque a tradição do direito brasileiro se caracteriza por uma visão retrospectiva, no sentido de que as normas jurídicas são produzidas pela força dos fatos, após a ocorrência de situações que evidenciam a existência de lacuna a ser preenchida. São extremamente raros os exemplos de produção normativa determinada por uma visão prospectiva, a partir de modelos ideais para disciplinar futuros acontecimentos prováveis, de maneira a assegurar, antecipadamente, a composição de eventuais conflitos e a satisfação do interesse público.

- Segundo porque a Administração Pública é organizada para alcançar fins políticos, segundo critérios definidos pelo legislador.
- Como, então, obter segurança jurídica mínima de seu conteúdo?

3.1 A instância administrativa

- Ao que se sabe, grande parte dos processos que congestionam o foro judicial brasileiro envolve o Estado-administrador. Muitos dos litígios, principalmente os de pequenas causas, poderiam ser satisfatoriamente resolvidos na instância administrativa, se presentes condições favoráveis à boa aplicação do Direito Administrativo.

- Ocorre que na maioria dos setores da Administração federal, estadual e municipal imperam, lamentavelmente, a desordem e o desinteresse no tratamento das reclamações recebidas.
- Salvo nos cartórios judiciais, geralmente inexistem as regras mais elementares sobre autuação, instrução e tramitação dessas reclamações, que assegurem um procedimento contraditório, com a ampla defesa do reclamante (CF, art. 5º, LV).

- A situação exposta apresenta exceções, como a dos procedimentos em matéria tributária, disciplinar e de política administrativa, disciplinados por normas legais e regulamentares.
- O que se pode esperar, ou pelo menos desejar, é que a instância administrativa seja devidamente organizada de modo a garantir a formação de um juízo seguro do administrador a respeito dos direitos e interesses, objeto de reclamações e recursos, com o que poderá ser conquistada a indispensável confiança dos cidadãos.

- Aldo M. Sandulli reporta-se à ampla literatura germânica acerca do procedimento administrativo e escreve que a maior preocupação tem sido a de aproximá-lo, tanto quanto possível, do procedimento judiciário, “*de modo a assegurar ao cidadão, frente à administração pública, garantias não inferiores àquelas que lhes vem sendo concedidas no desenvolvimento da função judiciária*”. (*Il procedimento amministrativo*. Milão: Dott, A. Ginfrè, 1964, p. 22-23)

- Essa doutrina, repercutindo no sistema legislativo, fez com que, na Áustria, com seu código procedimental de 21 de julho de 1925, fosse instaurado “*um verdadeiro e próprio direito processual administrativo, ao lado do direito processual judiciário*”. (SANDULLI, Aldo M. Op. cit.)

- Aguarda-se, no Brasil, um Direito Administrativo processual ou procedimental, a exemplo do que também aconteceu na Argentina, onde vigoram excelentes codificações do procedimento administrativo em todos os níveis da Administração. (GORDILLO, Agustín A. *Procedimiento y recursos administrativos*. 2. ed. corrigida e aumentada. Buenos Aires: Macchi, 1971)

- Anote-se que a Constituição de 1967, com a Emenda n. 7, de 13 de abril de 1977, condicionou o ingresso em juízo ao prévio exaurimento das vias administrativas e previu a criação de um *contencioso administrativo*.

- Para José Cretella Júnior, o contencioso administrativo sempre traduz a dualidade de jurisdição¹, por corresponder à justiça administrativa, que exerce função jurisdicional “*sem a menor intervenção do Poder Judiciário*”. (Comentários à Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990, v. 1, p. 442; FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 115-116)

1 O conceito de jurisdição tem sua origem nas palavras do latim “jus dicere” que significa declarar o direito. Em um sentido geral e impróprio, o conceito de “jurisdição” é utilizado para descrever o âmbito de autoridade, ou poder de uma determinada pessoa ou entidade. Em sentido estrito, é entendido como o modo de administrar a justiça pelo Estado, constituindo-se uma função pública, cuja finalidade é a aplicação da lei aos casos contestados pelos indivíduos, quando vão para o funcionário adequado, resolver ou esclarecer suas diferenças.

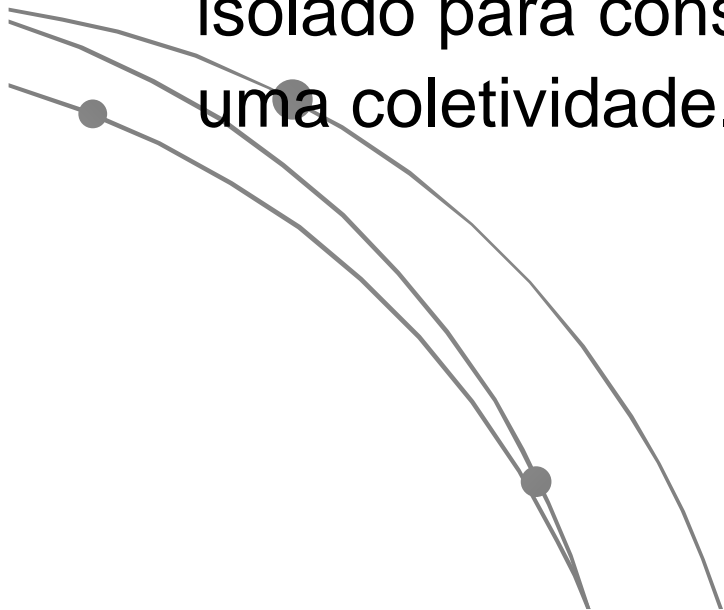
No Estado moderno, a partir da aceitação da separação dos poderes, admite-se a jurisdição administrativa como sendo aquela que se exerce através dos órgãos administrativos do Estado, os que também aplicam o Direito em casos específicos, por exemplo, ao reconhecer o direito relativo ao montante do imposto ou conceder aposentadoria.

- Atente-se que, a desejável juridicidade da Administração Pública não afastaria o controle do Poder Judiciário, apenas evitaria desnecessário acesso à via jurisdicional quando possível resolver o conflito pelo próprio administrador ou pelo Tribunal de Contas.

- No Direito Administrativo Comparado, compreendendo o norte-americano, esse controle é exercido sobre, a *decisão final* da autoridade superior que esgota a instância administrativa. (SCHWARTZ Bernard. *Le droit administratif américain* - Notions générales. Paris: Sirey, 1952, p. 162-165)

3.2 Democratização administrativa

- O Poder Público não é mais o inimigo, mas, sim, o garante e o instrumento de realização das liberdades individuais e sociais.
- O conceito de cidadania transcende o indivíduo isolado para considerá-lo também como membro de uma coletividade.

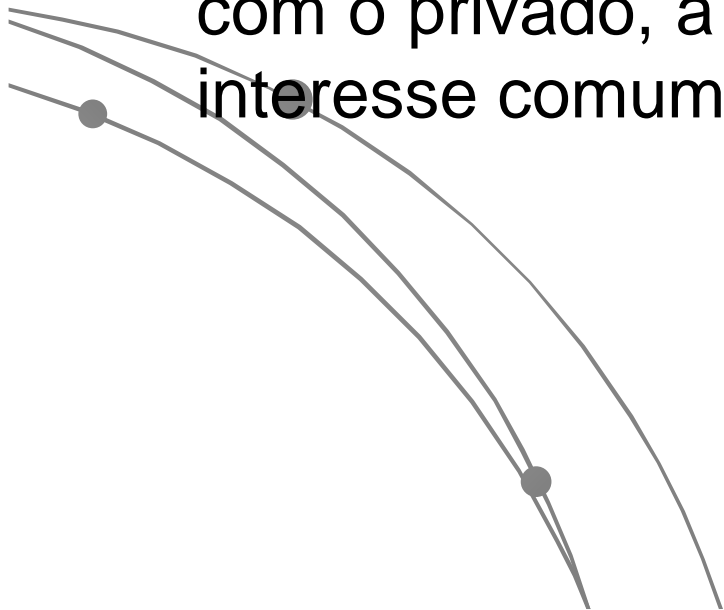


- No Estado Democrático, uma das tendências bem marcantes é a de organizar a *democracia participativa*, que legitima uma permanente atuação dos cidadãos, individual ou coletivamente, junto aos ocupantes de cargos eletivos, no sentido de cobrar-lhes o cumprimento dos seus compromissos eleitorais.

- Esse fenômeno, de alta significação política, igualmente se realiza na chamada *democracia administrativa*, que caracteriza uma mudança da sociedade, e não exatamente do Estado. (DELPÉRÉE, Francis. *Citoyen et administration*. Bruxelas: Bruylant, 1985)

- Essa democratização é revelada pela crescente intervenção dos cidadãos, precedendo ou mesmo sucedendo as decisões administrativas.
- A intervenção ocorre, sobretudo, no planejamento dos empreendimentos públicos, abrangendo projetos de obras que geralmente importam a desapropriação de imóveis em grandes áreas, iniciativas no campo do urbanismo, quanto à ordenação ou reordenação territorial, o uso do solo, loteamentos, edificações, zoneamento, etc., ou ainda que afetem o meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, etc.

- Os cidadãos participam de vários modos, mediante consultas de caráter popular ou como membros de órgãos colegiados, tais como conselhos ou organizações não governamentais.
- Deve ser valorizada atuação de uma *cidadania responsável*, de conciliação do interesse público com o privado, a fim de que prepondere o bem ou o interesse comum.



- Essa observação é compatível com a conscientização, hoje dominante no Estado moderno, de que a garantia dos direitos fundamentais do cidadão se transformou em uma necessidade básica para o controle do seu relacionamento com o Estado.
- Nessa concepção, o Direito Administrativo abandona sua posição de servo do Estado e se transforma em veículo a ser aplicado para atender os direitos do cidadão. Em outras palavras, um Direito Administrativo democratizado, inteiramente voltado ao atendimento da pretensão do homem, quando subordinado aos ditames do Estado.

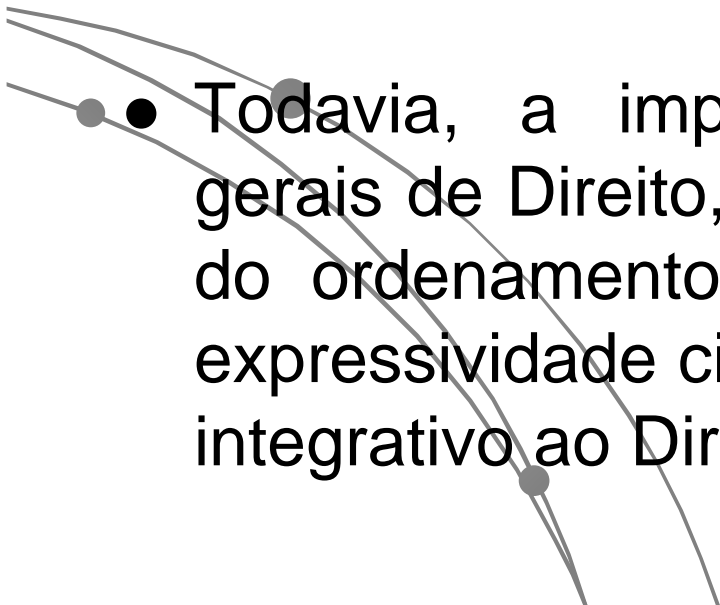
3.3 A adoção dos princípios gerais do Direito na Administração Pública

- No campo da ciência jurídica e tendo em vista o relacionamento do Estado com o jurisdicionado, há de sempre se prestigiar o axioma de que, em se tratando de regra de Direito Administrativo, o servidor do órgão há de cumprir, sempre e sempre, só o que a lei permite, diferentemente do preceito que envolve a relação jurídica de direito privado no que se permite a prática de tudo aquilo que não seja proibido por lei, desde que compatível com a moralidade.

- Todavia, o conteúdo do Direito Administrativo não se exaure nas regras da lei e dos seus regulamentos.
- São os *princípios* que constituem a sua fonte mais eminente, pois alicerçam o sistema que confere juridicidade à Administração Pública e, por isso mesmo, devem orientar a produção legislativa.
- Os princípios gerais do Direito Administrativo são formados, lenta e progressivamente. Resultam da razão e da experiência da vida social, que fundamentam o Direito no presente e balizam o seu futuro.

- É oportuna esta lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Acredita-se que o progresso do direito administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem, em grande parte, da identificação das ideias centrais que o norteiam na atualidade, assim como da metódica dedução de todos os princípios subordinados e sub-princípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade”. (Curso de direito administrativo. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 16)



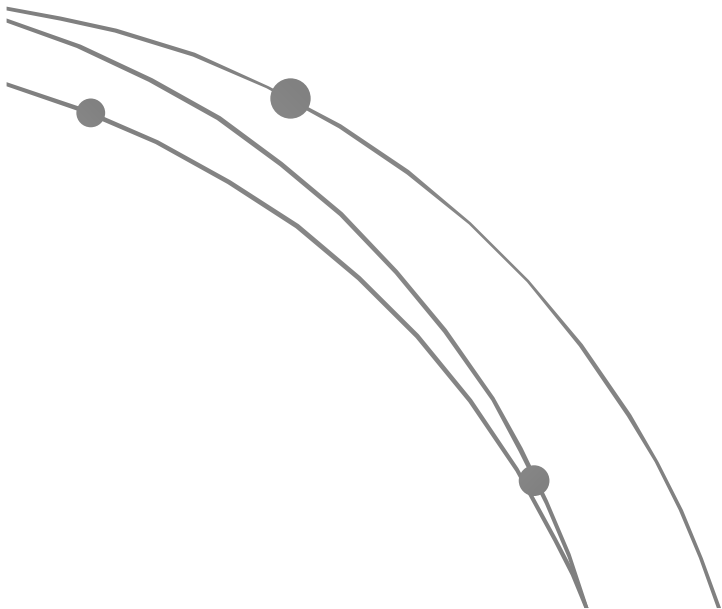
- Ainda, a importância cogente dos princípios gerais de Direito, no relacionamento com a atuação do ordenamento jurídico-administrativo, envolve a expressividade científica do princípio e o seu reflexo integrativo ao Direito.

- Merece nota a reflexão de Jorge Miranda:

“O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos”. (Manual de direito constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. I. p. 197-198)

- Os princípios gerais do Direito representam valores maiores em qualquer ordenamento jurídico. Por serem princípios, encarnam em si a ideia de conceitos básicos, fundamentos que servem de suporte a qualquer sistema.

- Os princípios são mais do que regras jurídicas.
- O princípio, ao se revelar, expressa por si só imperatividade. Impõe-se, assim, em parte superior à norma, de forma que a norma deve se adequar aos seus limites e conteúdo.



- Também recomenda ênfase a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

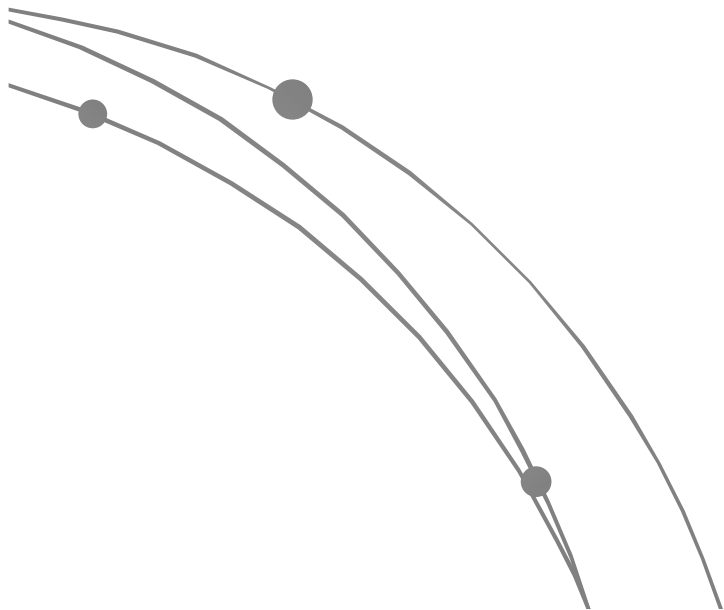
Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. (Ato administrativo e direitos dos administrados. São Paulo: RT, 1981. p. 87-88)

- No contexto de integração dos ramos do Direito, os princípios gerais se aplicam ao ordenamento administrativo.

- Sem esgotar a sua enumeração, destacam-se:
 - 1) ninguém pode se escusar de cumprir a lei sob alegação de ignorá-la;
 - 2) a norma legal deve cumprir relevante fim social;
 - 3) as obrigações previstas em lei devem ser cumpridas;
 - 4) o interesse público tem primazia quando sobre o particular;
 - 5) ninguém pode se locupletar sem causa;
 - 6) falar e não provar é o mesmo que não falar;

- 7) ninguém pode causar dano a outrem; e quem causar terá que indenizar;
- 8) ninguém pode se beneficiar da própria torpeza;
- 9) ninguém está obrigado ao impossível;
- 10) da não contradição – uma entidade ou instituição jurídica não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo;
- 11) da inexistência de terceira solução – deparando-se com duas proposições contraditórias e chegando à conclusão de que uma é verdadeira, haverá de considerar a outra falsa. Não há lugar para uma terceira solução;
- 12) da razão suficiente – nenhum enunciado é verdadeiro sem a razão suficiente para que seja e não o seja. (ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991; REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003)

- A aplicação dos princípios gerais de Direito, por suprir as lacunas do ordenamento jurídico-administrativo, quando da ausência da lei e não preenchidas por outras formas, há de ser regrada por um clima racional e que se aproxime, o máximo possível, dos postulados da legalidade.



Mensagem

A meu ver e sentir, essas três perspectivas do Direito Administrativo se justificam não apenas para se evitar a judicialização, mas, notadamente para torná-lo efetivo no âmbito do Executivo e do Tribunal de Contas.