

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 58 - Abril/Junho de 2021

Direito Administrativo



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

Transformações do Direito Administrativo

Odete Medauar¹
Professora aposentada

1. Introdução

A consideração de um Direito Administrativo em mudança representa o empenho em acompanhar a linha de evolução desse ramo. Hoje não se pode mais cogitar do Direito como força conservadora, como se afirmava no passado, mesmo porque, não se transformando, seria “atropelado” pelo dinamismo e rapidez do progresso tecnológico e das novas realidades socioeconômicas. Vários ramos do Direito tiveram suas concepções antigas ou clássicas alteradas ao longo das últimas décadas do século XX e primeiras do século XXI, sobretudo. O mesmo ocorre no âmbito do Direito Administrativo.

Serão expostas, neste artigo, as linhas de transformação do Direito Administrativo.²

2. Origem

Muito corrente entre autores franceses, italianos e brasileiros é a menção à lei do 28 pluviose do ano VIII (1800) como ato de nascimento do Direito Administrativo, lei esta que, pela primeira vez, deu à administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória.

A partir da lei de 1800, foram surgindo obras da matéria. Em Milão, na Itália, em 1814, criou-se a primeira cátedra da matéria, regida por Romagnosi, extinta pela Áustria em 1817, por considerá-la foco de liberalismo.

Entretanto, foi da França que o Direito Administrativo se expandiu para os países do sistema romanístico. Três obras francesas pioneiras tiveram grande repercussão: a de Macarel (1818), a de De Gerando (1830) e de Cormenin (1822, seu *Traité* é de 1840); em 1819 criou-se a cátedra de direito público e administrativo em Paris, regida por De Gerando, abolida em 1823 e reaberta em 1828. O Direito Administrativo recebeu acolhida em países europeus, em especial Espanha e Portugal.

Alguns fatores propiciaram a formação do Direito Administrativo, sobretudo:

- a) A concepção de Estado de Direito: o poder estatal subordina-se à lei;
- b) A concepção de separação de poderes, pois no âmbito do Poder Executivo emergiu a Administração Pública, cuja atuação também deveria pautar-se por normas legais.

¹ Professora titular aposentada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Para estudo aprofundado das transformações do Direito Administrativo conferir o livro de autoria da subscritora deste artigo: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

No Brasil o ponto de partida situa-se na criação de cátedra específica na Faculdade de Direito de São Paulo e na de Recife, em 1851, talvez por influência das cátedras já criadas na França e na Itália; e pela repercussão no Brasil das várias obras sobre a matéria publicadas na Europa.³ Em 1857 vem à luz a primeira obra brasileira de Direito Administrativo, da autoria de Vicente Pereira do Rego, que em 1856 passou a reger a cátedra no Recife: *Elementos de direito administrativo brasileiro*, de influência francesa. Em 1859 surge a obra de Veiga Cabral: *Direito administrativo brasileiro*, também sob inspiração francesa.

Quando o Direito Administrativo se formou estes eram os principais aspectos do quadro político-institucional da parte ocidental do mundo, inclusive do Brasil:

- (i) Estado liberal ou Estado abstencionista: Estado soberano com unidade, centralização do poder e capacidade decisória vinda de cima para baixo; Estado como única estrutura organizacional formal da vida associada que reúne indivíduos autônomos, livres e com igualdade jurídica. Consagraram-se liberdades e garantias de direitos dos indivíduos.
- (ii) Autonomia da atividade econômica em relação ao Estado; abstencionismo do Estado na área econômica e social.
- (iii) Predomínio da democracia política, mas restrita, com sufrágio limitado a alguns setores da sociedade.
- (iv) Nas relações entre Estado e sociedade predominou o distanciamento do Estado em relação à vida social e econômica dos indivíduos, e dos indivíduos em relação às decisões das autoridades.
- (v) Antagonismo à existência de grupos intermediários entre indivíduos e Estado, como associações políticas ou profissionais.
- (vi) A Administração Pública tem por função essencial assegurar a ordem pública estabelecida pelas leis.

Os institutos e figuras do Direito Administrativo permaneceram relativamente estáveis até meados do século XX. Mudanças na sociedade e no Estado propiciaram alterações das concepções clássicas e o surgimento de novos temas.

3. Transformações a partir da segunda metade do século XX

Mudanças no Estado e na sociedade formaram o cenário de alterações do Direito Administrativo nas últimas décadas do século XX.

3.1. O quadro político-institucional da segunda metade do século XX:

- (i) Estado intervencionista, Estado-Providência, Estado do Bem Estar.
- (ii) Fracionamento do poder político, embora o Estado permaneça como centralizador de uma constelação de entes políticos, associações e organizações.

³ Fernando Dias Menezes de Almeida expõe com profundidade a formação do Direito Administrativo no Brasil, conferir ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

- (iii) Aos direitos e garantias individuais acrescentaram-se os direitos sociais, inclusive reivindicações por igualdade real.
- (iv) O Estado passou a atuar de modo intenso no âmbito econômico e social, mas, nos primórdios da década de 1980, emergiu uma tendência desestatizante.
- (v) Extensão do sufrágio, acompanhada de reivindicação de democracia mais plena, além da democracia política e da democracia administrativa, ou seja, preocupação com o modo de exercício do poder depois da eleição. Jean Rivero,⁴ em artigo publicado inicialmente em 1965, mencionou a incompatibilidade absoluta entre as concepções de democracia vigentes na França e a ação administrativa, pois perante esta o indivíduo permanecia súdito.
- (vi) Diluição da separação entre Estado e sociedade; mais vínculos e maior aproximação; tendência a soluções mediante acordos, consensos.
- (vii) Surgimento de número infinito de entidades e associações de todo tipo que exercem pressão sobre os poderes estatais, buscando interferir nas opções políticas.
- (viii) Hegemonia do Executivo; poderes legislativos atribuídos ao Executivo.
- (ix) A Administração Pública deixou de ser considerada mera executora da lei e passou a atuar na elaboração da lei; houve aumento de atribuições ante a atuação do Estado no âmbito econômico e social; criação de grande número de entes administrativos.
- (x) Na última década do século XX o cenário mundial é de globalização; altera-se a concepção de soberania nacional; acrescentaram-se os chamados direitos de terceira geração: meio ambiente, consumidor, desenvolvimento, direito à paz.

3.2. Alterações do Direito Administrativo

O novo quadro político-institucional acarretou reflexos no Direito Administrativo formado no século XIX.

3.2.1. Mudanças em temas clássicos:

- a) Interesse público: na tradição clássica a Administração Pública é detentora absoluta da defesa e identificação do interesse público; hoje os cidadãos individualmente ou por associações também atuam para identificar o interesse público; busca-se a conciliação de interesses.
- b) Poder discricionário: na tradição clássica há espaço totalmente livre da autoridade e falta de controle; hoje os vínculos e parâmetros para a escolha da autoridade e ampliação do controle jurisdicional.
- c) Ato administrativo: era o foco central da elaboração na tradição clássica, controle *a posteriori*; hoje deixou de ser tema central, pois surgiu a preocupação com a história da decisão, ou seja, com o modo pelo qual se chega à edição do ato

⁴ RIVERO, Jean. À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In: UNIVERSITÉ DE POITIERS. *Mélanges Offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965. p. 821-833. Depois, o mesmo artigo foi publicado na coletânea de trabalhos de Jean Rivero: RIVERO, Jean. À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In: RIVERO, Jean. *Pages de Doctrine*. v. 1. Paris: LGDJ, 1980. p. 253-264.

- administrativo; passou a haver questionamentos sobre os chamados “atributos” do ato administrativo; em lugar da ausência de motivação adveio a obrigação de motivar a maior parte das decisões, inspirada sobretudo pela edição da Lei francesa n. 79-587, de 11 de julho de 1979, exigindo motivação em vários atos administrativos.
- d) Contrato administrativo: passou a haver atenuação de algumas cláusulas exorbitantes; novas figuras contratuais surgiram, por exemplo o contrato de gestão e o contrato de eficiência.

3.2.2. Novos enfoques e novos temas:

- a) Maior vínculo entre Direito Administrativo e Constituição, bases constitucionais mais amplas.
- b) Uma das consequências é a maior importância dos princípios do Direito Administrativo, com o surgimento, a partir de 1990, dos seguintes princípios: eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, e confiança legítima.
- c) Preocupação com a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição, pois a Administração é a principal operadora. Desloca-se o foco do Direito Administrativo para os direitos fundamentais e para os direitos dos cidadãos.
- d) Preocupação de melhorar as relações entre Administração e cidadãos; direitos dos cidadãos perante a própria Administração. Daí três temas emergentes nas últimas décadas do século XX:
- d1) Transparência da Administração, também para facilitar o controle e dificultar a corrupção; em vez do sigilo, a transparência e a publicidade.
- d2) Processo administrativo: garantia do contraditório e da ampla defesa, baseado no inciso LV do artigo 5º da CF; inúmeras leis de processo administrativo surgiram, como a Lei Federal n. 9.784, de 20 de janeiro de 1999, no Brasil, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, direta e indireta.
- d3) Incentivo à colaboração dos cidadãos, individualmente ou por associações representativas.
- e) Nas últimas décadas do século XX emerge o tema e a prática da transferência ao setor privado da prestação de inúmeros serviços, redescobrimo-se as concessões e as permissões de serviços públicos, por exemplo.
- f) Surge o tema da regulação e o tema da implantação das agências reguladoras.

4. Tópicos do direito administrativo ressaltados nas primeiras décadas do século XXI:

- (i) Políticas públicas: a expressão ingressou no vocabulário do Direito Administrativo no início do século XXI e passou a ser mencionada em grande escala. Várias noções se vinculam ao tema, por exemplo, mínimo existencial e reserva do possível. Surgiu, ainda, a questão do controle das políticas públicas.

- (ii) Governança: encontram-se conceitos díspares para governança, buscando-se distinguir de governo.
- (iii) Consensualidade: adveio com intensidade o uso de meios consensuais para solucionar controvérsias ou litígios envolvendo a Administração e o particular, incentivando-se a realização de acordos. Passaram a ser utilizadas a arbitragem, a mediação e a conciliação, por exemplo.
- (iv) Direito administrativo comparado: se houve tempo de forte enraizamento nacional do Direito Administrativo, dificultando a comparação entre ordenamentos administrativos, hoje expandem-se tais estudos, facilitados pela globalização e pelo grande avanço tecnológico e comunicacional.
- (v) e-Governo ou e-administração: o uso de meios eletrônicos pela Administração Pública se intensifica, gerando trabalhos doutrinários a respeito, ventilando-se até um direito do cidadão a tais usos, ou seja, uma cibercidadania.
- (vi) Direito Administrativo Global: surge esse tema tendo Sabino Cassese como um dos seus mais relevantes estudiosos. Mencionam-se, na matéria, preceitos do Direito Administrativo emitidos por fontes externas ao Estado nacional, são regras globais condicionando o direito administrativo nacional.

5. Conclusão

Pode-se dizer que nos primórdios do século XXI, com as transformações ocorridas desde meados do século XX, o Direito Administrativo deixou de ser exorbitante, deixou de ser calcado no binômio autoridade-liberdade e passou a ser o direito da cooperação público-privada. Cassese afirma ser o Direito Administrativo não mais um Direito do Estado, mas, sim, um Direito da Sociedade, centrado nos direitos fundamentais. Nesta concepção o Direito Administrativo se enriquece e se enobrece.