

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 141

janeiro/março – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas

Adilson Abreu Dallari

## Sumário

1. Introdução. 2. Concepção autoritária do direito administrativo. 3. Evolução no sentido do equilíbrio. 4. Tendências atuais. 5. Conclusões.

### *1. Introdução*

É perfeitamente aceitável a conceituação do direito administrativo como sendo o segmento do direito que cuida da disciplina da estrutura e funcionamento da Administração Pública, especialmente do relacionamento desta com os administrados.

Isso, entretanto, é insuficiente para que se possa conhecer o próprio conteúdo de um determinado direito administrativo, do direito administrativo de determinada pessoa jurídica de capacidade política, pois a disciplina efetivamente estabelecida em cada ordenamento pode ser extremamente variável.

Conforme ensina Allan-Randolph Brewer-Carias, o conteúdo do direito administrativo depende do caráter democrático ou autoritário, liberal ou intervencionista etc. da Administração Pública que estiver sendo por ele disciplinada, a qual, por sua vez, é condicionada pelo tipo de Estado ao qual pertence, não existindo, portanto, um direito administrativo universal:

*“... el derecho administrativo y sus instituciones no deben estudiarse desde una perspectiva puramente formal, como si existiese un derecho administrativo universal, aplicado y aplicable por igual*

*en todos los países y en todos los tiempos, sino que, al contrario, la ausencia de una perspectiva realista y pragmática relativa a los fines del Estado y a sus métodos políticos, con frecuencia distorsionan enormemente su verdadera perspectiva*"<sup>1</sup>.

Por essa razão, o presente estudo, mesmo recorrendo subsidiariamente a ensinamentos da doutrina estrangeira, está centrado na observação da evolução do direito administrativo brasileiro, que acompanhou as variações da concepção do Estado brasileiro ao longo do tempo.

O objetivo almejado é fornecer pontos fundamentais para uma análise comparativa dos diversos direitos administrativos de outros sistemas jurídicos.

## 2. *Concepção autoritária do direito administrativo*

A leitura de obras doutrinárias produzidas no passado remoto revelam um conteúdo e uma postura interpretativa bastante autoritária; o direito administrativo centrava-se na idéia de poder, de prerrogativas, de privilégios disponíveis pela Administração Pública em sua luta contra os abusos eventualmente perpetrados pelos particulares.

Mesmo num passado recente, autores da maior respeitabilidade, mestres dos mestres de hoje, ainda se prendiam a essa concepção autoritária do direito administrativo, como é o caso do pranteado Hely Lopes Meirelles, que, em seu consagradíssimo "Direito Administrativo Brasileiro", dedicava uma parte aos então genericamente chamados "poderes administrativos", estudando cada uma de suas espécies:

"Os poderes administrativos se apresentam sob modalidades diversas, segundo o modo e forma de sua atuação e os objetivos a que se dirigem. Dentro desse esquema, podem ser classificados, segundo a liberdade de utilização, em poder vinculado e discricionário; segundo o seu fundamento ordinatório da administração,

em poder hierárquico e disciplinar; segundo a sua finalidade normativa, em poder regulamentar; segundo o seu objetivo de proteção ao indivíduo e à comunidade, em poder de polícia"<sup>2</sup>.

No desenvolvimento do estudo de cada um desses "poderes", eram apontadas suas correspondentes limitações, que, entretanto, não lhes retiravam o caráter original, ensejando, na prática, abusos por parte das autoridades públicas e parcimônia ou timidez em seu controle pelo Poder Judiciário.

Diga-se, a bem da verdade, que tais características não eram exclusivas do direito administrativo brasileiro. No passado, essa postura era bastante generalizada, estando presente também na melhor doutrina estrangeira, conforme se pode observar nesta passagem de Fritz Fleiner, transcrita apenas com propósito exemplificativo:

*"Hay que tener un cuenta, sin embargo, que el Estado obra como soberanía y autoridad, no sólo en el ejercicio de su poder de mando y coactivo (poder fiscal, poder gubernativo, autoridad militar, etc.) sino también en los casos en que, en virtud de disposiciones legales, presta al ciudadano servicios de protección y previsión (jurisdicción voluntaria, tutela, asistencia benéfica y protección pública en general, etcétera).*

*Así, la actuación soberana presenta como características esenciales su unilateralidad y el mayor crédito de que gozan sus actos jurídicos, además de la circunstancia de que para su ejecución dispone, como ultima ratio, del poder coactivo del Estado"*<sup>3</sup>.

No Brasil, ao longo do tempo, doutrina se esforçou para, de diversas maneiras, com meios e fundamentos diferentes, conter os poderes administrativos, ou, melhor dizendo, para tentar evitar sua alegação como pretexto para os mais diversos abusos cometidos pelas autoridades administrativas.

Entre os diversos autores que se lançaram a essa empreitada, merece especial destaque a figura de Cirne Lima, criador do conceito de "relação de administração", de

especial importância para a compreensão das relações de direito administrativo, especialmente quando comparadas com as relações jurídicas travadas no campo próprio do direito civil:

“À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”<sup>4</sup>.

Note-se a radical mudança de rumo: relações jurídicas sempre, até então, estudadas a partir da idéia de “poder”, passam a ser examinadas em função de um “dever” a cumprir, de uma finalidade que deve ser atingida. Essa finalidade sempre será alguma coisa previamente qualificada pela lei como sendo de interesse público.

### 3. Evolução no sentido do equilíbrio

O estudo da história do direito administrativo é o exame do caminho percorrido desde uma concepção centrada no poder até o ponto de equilíbrio entre prerrogativas e sujeições, entre os poderes e os meios e instrumentos de sua contenção, mas, sempre, tendo como norte a satisfação do interesse público.

Essa necessária composição ou conciliação foi muito bem exposta nesta preciosa síntese feita por Rivero:

*“Les règles de droit administratif se caractérisent par rapport à celles du droit privé, soit en ce qu’elles confèrent à l’administration des prérogatives sans équivalent dans les relations privées, soit en ce qu’elles imposent à sa liberté d’action des sujétions plus strictes que celles auxquelles sont soumis les particuliers entre eux”<sup>5</sup>.*

Nesse texto, o direito administrativo ainda aparece como um direito excepcional, quando comparado ao direito comum, o

direito civil. O foco está centrado na Administração Pública, que dispõe de prerrogativas excepcionais (que lhe são inerentes, indispensáveis), as quais são compensadas por sujeições também excepcionais, tolhendo sua liberdade de atuação.

Garcia de Enterría aponta como característica tipificadora das relações de direito administrativo exatamente esse equilíbrio entre privilégios da Administração Pública e garantias dos administrados. Em seu “Curso de Derecho Administrativo”, depois de discorrer sobre os poderes ou privilégios, faz a seguinte ponderação:

*“Esta sumaria descripción de privilegios no debe, sin embargo, inducir a equívocos en relación al carácter del Derecho Administrativo. Junto a los privilegios en más mencionados hay también privilegios en menos (Rivero). La administración es, en ocasiones, menos libre que los particulares. No puede, por ejemplo, contratar con quien desee, como puede hacerlo un particular. Tiene que seguir un procedimiento determinado de selección de contratistas establecido por la Ley y atenerse a sus resultados. No puede tampoco formar libremente su voluntad. La Ley la obliga a observar un procedimiento de formación de la voluntad cuya infracción puede determinar la nulidad de la decisión final. Esta decisión, si es favorable para terceros, si declara derechos, no puede ya ser modificada por la Administración que la ha adoptado, que queda vinculada a ella en términos muy estrictos.*

*Por otra parte, el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Unas, de carácter económico (el pago del justo precio es requisito previo a la ocupación del bien expropiado, toda lesión en los bienes o derechos de un particular que resulte de la actividad de la Administración debe ser indemnizada), otras de carácter jurídico (necesidad de observar un procedimiento, sistema de recursos administrativos contra los actos de la Administración, control jurisdiccional de éstos).*

*El derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías*<sup>6</sup>.

O que de mais importante merece ser destacado nessa passagem supra transcrita é exatamente o caráter de garantia atribuído às sujeições especiais referidas por Rivero. Estas não são simples empecilhos ou obstáculos à liberdade de atuação da Administração Pública, mas, sim, decorrências de garantias constitucionalmente conferidas aos administrados.

Não é a lei (o direito administrativo) que limita a ação da Administração Pública; é o próprio legislador ordinário que não pode ultrapassar a esfera de direitos invioláveis dos cidadãos, garantidos pela Constituição.

Um largo passo adiante é dado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao enunciar os princípios fundamentais do regime jurídico administrativo, que seriam a “supremacia do interesse público sobre o privado” e a “indisponibilidade”, pela Administração, dos interesses públicos”. Depois de apontar as emanações (os privilégios, prerrogativas ou poderes) decorrentes do primeiro termo do binômio, aponta a razão de ser de sua existência:

“Aqui, entretanto, é necessária uma importantíssima acotação. Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao

alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.

Quem exerce ‘função administrativa’ está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”<sup>7</sup>.

Na mesma linha de pensamento de Cirne Lima, o arguto Celso Antônio Bandeira de Mello coloca os poderes como instrumentos do dever de satisfazer os interesses públicos. A Administração Pública desfruta de privilégios e prerrogativas apenas e tão somente na exata medida de sua necessidade para a realização concreta do interesse público. O “poder” não é algo imanente à Administração Pública, mas, sim, apenas um instrumento de sua atuação, a ser utilizado apenas e tão somente quando e na medida do estritamente necessário.

Ocorre, entretanto, que o que deve ser entendido como sendo de interesse público depende de valores consagrados na Constituição e condicionantes da atuação dos

legisladores ordinários. É a Constituição que, ao definir as características do Estado, estabelecendo seus objetivos fundamentais, já define também os traços fundamentais dos instrumentos, meios e modos de atuação de seu ramo executivo, especialmente no relacionamento com os cidadãos.

Brewer-Carias mostra que o delineamento constitucional de um Estado Social e Democrático de Direito reflete necessária e diretamente sobre o correspondente direito administrativo:

*“Pero no sólo se exige un proceso de democratización política, económica y social para que el Estado Democrático y Social de Derecho adquiera real significación, sino que, inclusive, el mismo derecho a cual ha de someterse el Estado, ha sido objeto de un proceso de democratización y debe serlo con mayor fuerza en el futuro. El derecho administrativo, en esta forma, adquiere por tanto una nueva perspectiva: se trata de una rama del derecho público cuyo objeto es la regulación de la organización, funcionamiento y actividad de un Estado cuyo papel está muy lejos de corresponder a una abstención y, al contrario, es esencialmente interventor y conformador de la vida económica y social. El contenido del derecho administrativo, por tanto, varía totalmente ante esta perspectiva, y adquiere en este sentido su verdadera caracterización: es un instrumento de la acción política del Estado, pero un instrumento que regula y limita su actuación, al proteger y garantizar los derechos de los particulares, especialmente los de orden social. Estos, como consecuencia de la protección, tienen la posibilidad de controlar la sumisión al derecho de las actuaciones de la Administración, en lo que está la esencia jurídica del Estado de Derecho. Pero inclusive, en este campo estrictamente jurídico, está planteada la necesidad de que se produzca un proceso de democratización del propio derecho o del ejercicio de los controles jurisdiccionales de la acción del Estado, pues en la realidad y sobre todo en los países latinoamericanos,*

*muchos los ignoram, muy pocos los ejercen, y en los pocos casos en que se producen, la efectividad de los mismos es relativa, debido a la lentitud de los procesos. Los recursos jurisdiccionales, por otra parte, a pesar de su relativa efectividad, todavía siguen siendo ejercidos por minorías generalmente de carácter económico. Por ello, frente al reto de la consolidación de un Estado Democrático y Social de Derecho, en el esquema formal del Estado de Bienestar de Derecho debe incorporarse un proceso de democratización del control judicial de la Administración, de manera que la sumisión de ella a la legalidad sea efectiva y pueda exigirse su responsabilidad por todas las actuaciones que lesionen ilegítimamente los derechos económicos y sociales”<sup>8</sup>.*

A parte final da transcrição supra revela uma particularidade deveras importante dos Estados mais avançados em termos democráticos: o aumento das possibilidades de controle judicial da Administração Pública ou, melhor dizendo, um aumento das possibilidades de controle social da Administração Pública por meio do Poder Judiciário, na medida em que os poderes administrativos deixam de ser considerados como prerrogativas imanentes e passam a ser tomados como poderes jurídicos, isto é, sujeitos a limites e controles, suscetíveis de gerar responsabilidades.

No Brasil, por força da Constituição promulgada em 1988, que define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, os princípios e as normas que regem a organização e funcionamento da Administração Pública ascenderam ao nível constitucional. Pela primeira vez, a Constituição Federal consagra um capítulo à Administração Pública, capítulo esse que é aberto pelo art. 37, cujo *caput* tem o seguinte teor:

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”. (seguem-se incisos e parágrafos definidores do perfil da Administração Pública, dando-lhe, efetivamente, uma feição democrática e, também, participativa).

Existem, ainda, em outras passagens do texto constitucional, preceitos que afirmam exatamente a participação popular direta na condução da coisa pública e um rol de direitos individuais e coletivos, além de normas de nítido caráter social, como, por exemplo, a que estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Tais preceitos não são meras afirmações retóricas, mas, sim, normas jurídicas, dotadas de positividade e, especialmente, de atributividade, conforme salienta Luiz Roberto Barroso:

“Por longo tempo sustentou-se que as declarações de direitos incorporadas às Constituições não seriam mais que princípios filosóficos e morais, sem valor jurídico”.

“A referência histórica é meramente ilustrativa. Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático,

‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais’”<sup>9</sup>.

Obviamente, tendo o dever de realizar concretamente os mandamentos de conteúdo democrático, participativo ou social, o Estado deve aparelhar a Administração Pública para isso, dando a ela mesma tais características.

Recentemente, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, popularmente conhecida como emenda da reforma administrativa, procurou-se transformar o modelo da Administração Pública com a adoção do chamado modelo gerencial, em função do qual os agentes administrativos deveriam ser dotados de maior liberdade de atuação pelo abrandamento dos controles de procedimentos administrativos, supostamente compensado pelo correspondente fortalecimento dos controles de resultados. Existe um risco enorme de que isso venha representar um retrocesso, reforçando um autoritarismo ainda muito presente na Administração Pública brasileira, profundamente marcada por ancestrais concepções patrimonialistas e verdadeiramente feudais. Tal alteração constitucional, todavia, é demasiadamente recente, não comportando um exame de seus efeitos.

#### 4. Tendências atuais

No momento atual, à luz da evolução até agora experimentada, é possível identificar algumas tendências, parte das quais já estão sendo concretizadas.

Em primeiro lugar, cabe referir a orientação no sentido de não se admitir, apenas, a mera legalidade formal; a simples submissão do ato praticado à hipótese contida no mandamento legal. Agora, exige-se mais que isso: é preciso verificar a legitimidade do ato praticado; sua pertinência, sua conformidade com a finalidade legalmente prevista como justificadora da prática do ato em exame, conforme o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Segue-se que a legitimidade da conduta do administrador não se

decide em abstrato, mas resulta do confronto com o caso concreto, posto que não se trata de aferir a legitimidade da regra de direito, mas de uma atuação que se contém na intersecção da regra de direito com o evento real, perante cuja ocorrência a norma postula suprimento da finalidade que veio proteger”<sup>10</sup>.

Aliás, o mero enunciado abstrato da norma é insuficiente para a perfeita e completa compreensão de seu conteúdo, pois, como se sabe, o texto legal comporta uma pluralidade de interpretações. A melhor interpretação será aquela que, diante do caso concreto, revelar-se a mais apta à realização do objetivo almejado pela lei.

Essa postura interpretativa já tem respaldo na jurisprudência:

“A norma geral pode ser entendida, é claro, pelo sentido abstrato das palavras por ela utilizadas. Trata-se, porém, de mero entendimento prévio. Esse entendimento não exaure o âmbito da incidência normativa, pois ele só se consuma perante os fatos concretos da vida”<sup>11</sup>.

Registre-se, com satisfação, que o Poder Judiciário pouco a pouco vai abandonando as velhas e arraigadas concepções autoritárias, conforme demonstra Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa é a seguinte:

“Ato administrativo - Repercussões - Presunção de legitimidade - Situação constituída - Interesses contrapostos - Anulação - Contraditório. Tratando-se de anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescindir da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada

unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”. (Recurso extraordinário nº 158.543-RS)

O sentido dessa decisão fica melhor identificado com a transcrição de um segmento do voto do Eminentíssimo Ministro relator Marco Aurélio:

“A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito público, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ele alcançado”.

Isso significa uma severa restrição ao poder de autotutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública. Não se aniquila essa prerrogativa; apenas se condiciona a validade da desconstituição de ato anteriormente praticado à justificação cabal de sua legitimidade, arcando a Administração Pública com o ônus da prova.

Outra tendência, bastante questionada pela doutrina, é a da admissão da arbitragem como forma de composição de conflitos na esfera do direito administrativo.

A Lei nº 8.987, de 13/02/95, que dispõe sobre o regime jurídico das concessões de serviços públicos, em seu art. 23, XV, estabelece que nos contratos celebrados deverá, sempre, haver alguma estipulação quanto “ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.

Já tivemos oportunidade de publicar trabalho em defesa do cabimento da arbitragem no âmbito das relações de direito administrativo, especialmente quando a controvérsia se travar a respeito de questões de ordem técnica (avaliação de quantitativos, índices de reajuste, custos de produção, atendimento material de requisitos contratuais, etc.), no qual dissemos o seguinte:

“A adoção da arbitragem como forma amigável de solução de divergências na execução de contratos administrativos não se choca com a regra, constitucionalmente, estabelecida, no sentido de que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída ao exame do Poder Judiciário.



Universalidade e independência do Poder Judiciário, quando no exercício de atividade jurisdicional, são princípios fundamentais do estado democrático de direito.

O respeito a esses princípios determinou a inafastabilidade do controle jurisdicional mesmo nas arbitragens de conflitos entre particulares, ainda que as partes tenham expressamente convencionado a irrecorribilidade ao Poder Judiciário.

Com efeito, os artigos 1.046 do Código Civil e 1.101 do Código de Processo Civil deixam permanentemente aberto o caminho ao Poder Judiciário, sempre, para qualquer das partes, caso tenha alguma nulidade no processo de arbitragem.

Com muito maior razão, não se poderá vedar o ingresso ao Poder Judiciário em caso de nulidade ocorrida no processo de arbitragem para a solução de controvérsia na execução de qualquer contrato administrativo.

O compromisso das partes é sempre no sentido de acatamento de decisão regular, tomada pelo árbitro após regular tramitação do feito. A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário, exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular, contrariando disposições legais ou contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral.

Além disso, cabe destacar que o compromisso arbitral vincula apenas as partes contratantes, não se estendendo a terceiros, que, julgando-se prejudicados, sempre poderão recorrer à via judicial para a defesa dos seus direitos e interesses<sup>12</sup>.

A arbitragem cresce de importância diante de uma outra tendência já em franca

e crescente concretização: o estabelecimento de parcerias entre a Administração Pública e particulares, em suas diversas modalidades. A mais importante é a restauração do antigo instituto da concessão de serviços públicos. Ao lado disso, são freqüentes as concessões de obras públicas, os convênios para o desenvolvimento de atividades de interesse comum, as terceirizações de serviços auxiliares e a celebração de contratos de gestão em atividades complementares, nas áreas de educação, cultura e assistência social.

Isso tudo não seria possível se não tivesse havido um abrandamento das prerrogativas da Administração Pública e um crescimento das garantias dos particulares que com ela se relacionam.

Os particulares, os cidadãos, os destinatários finais das ações estatais, paulatinamente estão deixando de ser considerados como intrusos nas atividades administrativas, especialmente nos processos de tomada de decisões. A tendência é no sentido do desenvolvimento da participação popular nas decisões administrativas, como já vem ocorrendo em questões ambientais, nas concessões de obras e serviços públicos, nas licitações de grande vulto e em matéria de planejamento urbano.

Outra tendência que se pode observar é no sentido de se examinar a validade da conduta, tanto da autoridade administrativa quanto do particular no seu relacionamento com a Administração Pública, à luz do princípio da razoabilidade.

Por mais estranho e inovador que possa parecer, isso não é senão uma releitura, atualizada, dos ensinamentos de Cirne Lima anteriormente transcritos, conforme se depreende destas considerações feitas por Maria Paula Dallari Bucci:

“O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom senso, aplicada ao direito. Esse ‘bom senso jurídico’ se faz necessário à medida que

as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito”.

“A invocação do princípio da razoabilidade é, portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e os seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade”<sup>13</sup>.

Ao lado da razoabilidade, estão as considerações a respeito da boa-fé, que, no passado, eram aplicáveis apenas às relações jurídicas entre particulares.

A boa ou má fé dos particulares em seu relacionamento com a Administração Pública é relevante, podendo e devendo ser considerada tanto para a concessão de benefício, quanto para a imposição de sanções e responsabilidades.

Além disso, devem também comportar exame a boa ou má fé dos próprios agentes públicos no exercício de suas funções, conforme assinala Jesus Gonzales Perez:

*“Las Administraciones públicas son entes abstractos que han de realizar su actividad a través de personas físicas concretas, de hombres de carne y hueso, con los vicios y las virtudes de los demás hombres. Y es algo incontrovertible y reiteradamente constatado que aquella diferente posición institucional há hecho de estos hombres una casta diferente, en la que, por el olvido de la idea de servicio, sólo aparece la manifestación más pura del poder por el poder, en formas más o menos arbitrarias”.*

*“El principio de legalidad no comporta que cuantas controversias puedan*

*surgir en el ámbito de las relaciones administrativas deban resolverse exclusivamente por las normas que rigen la actividad de la Administración, sin que tenga cabida la aplicación de la buena fe. El que sólo sea legítima la actuación administrativa cuando cuenta con una cobertura legal previa no implica que esa actuación quede sometida exclusivamente a la norma que la ampara. La cobertura legal previa condiciona ab initio la legalidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación”<sup>14</sup>.*

A insuficiência da mera verificação da legalidade formal também se revela de outra maneira: situações existem nas quais a desconformidade da conduta com os requisitos legais não pode ser havida como fatalmente ensejadora de nulidade.

Seabra Fagundes, desde longa data, já havia observado que não existe uma relação direta e absoluta entre legalidade formal e interesse público:

*“A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse<sup>15</sup>.”*

Atualmente, começam a se avolumar os estudos no sentido da manutenção dos efeitos de atos viciados no momento de sua prática. Pode-se afirmar, com segurança, que está definitivamente sepultada a tese de que qualquer vício jurídico acarretaria irremediavelmente a invalidade do ato praticado. A estrita legalidade formal não é mais o dogma supremo do direito administrativo.

Tem-se, hoje, a clara noção do caráter instrumental da atuação administrativa. Todas as ações empreendidas pelo aparelhamento administrativo somente se justificam em função da realização de uma finalidade de interesse público.

Não se está afirmando, de maneira absoluta, que os fins justificam os meios. Pondera-se, entretanto, que certas anomalias quanto ao procedimento, desde que não afetem valores fundamentais do sistema jurídico, podem e devem ser relevadas, se a finalidade pública houver sido atingida.

Quem cuidou desse assunto com extrema competência, delineando um quadro completo das possibilidades jurídicas de manutenção de atos viciados, foi Weida Zancaner, de cuja monografia sobre a convalidação dos atos administrativos maculados são transcritas as passagens que se seguem:

“O princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica deva ser restaurada pela extinção do ato inválido.

Há duas formas de recompor a ordem jurídica violada, em razão dos atos inválidos, quais sejam, a invalidação e a convalidação”.

(...)

“ A Administração deve invalidar quando o ato não comportar convalidação. Deve convalidar sempre que o ato comportá-la.

Resta saber o porquê da invalidação e da convalidação nas hipóteses em que, como já mencionamos, cada qual se propõe como obrigatória.

A invalidação se propõe como obrigatória porque, se o ato não comporta convalidação, inexistente outra forma de a Administração Pública restaurar a legalidade violada. Ora, a restauração do direito é para ela obrigatória por força do princípio da legalidade. Logo, toda vez que o ato não seja convalidável, só lhe resta o dever de invalidar.

Por sua vez, a convalidação se propõe obrigatória quando o ato comportá-la, porque o próprio princípio da legalidade – que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação –, entendido

finalisticamente, demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica.”

(...)

“Por sua vez, o princípio da boa-fé assume importância capital no Direito Administrativo, em razão da presunção da legitimidade dos atos administrativos, presunção esta que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração Pública em posição sobranceira com relação aos administrados.

Ademais, a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na via dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornaram extremamente complexos o caráter regulador do Direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública com o direito posto. Portanto, a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos.

Com efeito, atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda

maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé<sup>16</sup>.”

A convalidação, quebrando a automatizada da invalidação, exige um extremado cuidado por parte dos organismos de controle, administrativos ou judiciais, para que não se transforme em fonte de abusos e, especialmente, de corrupção. De igual forma, com a mesma intensidade, não se podem tolerar as invalidações e as convalidações indevidas.

Registre-se, por último, uma certa tendência à internacionalização do Direito Público. À medida que diminuem as distâncias geográficas e políticas, cresce o entendimento de que a igualdade deve existir também no concerto dos Estados soberanos, e cada vez mais se intensificam e consolidam os blocos ou conjuntos internacionais, como a Comunidade Européia, o Nafta (México, Estados Unidos e Canadá) e o Mercosul, com suas legislações e seus tribunais supraterritoriais, além de uma estrutura administrativa própria, cujo funcionamento se rege também por normas próprias.

Diante disso, pode-se falar na existência de um direito administrativo internacional, cuja fonte de validade é o tratado que deu origem ao organismo comunitário. Conforme os ensinamentos de Roberto Dromi, o tratado é a verdadeira Constituição dos Estados Integrados, sendo a fonte principal do direito comunitário, inclusive do direito que disciplina a estrutura e funcionamento do próprio organismo criado pelo tratado, e, além disso, repercutindo no direito administrativo interno de cada Estado soberano:

*“El derecho comunitario es aplicado en cada país miembro de acuerdo a las reglas jurídico-procedimentales propias. No obstante, el derecho interno se ve afectado por el imperativo de actuación en un determinado sentido que impone la norma comunitaria en orden al cumplimiento eficaz de sus objetivos. Por ello, la realidad exige una adecuación el la organización y en el procedimiento administrativos.*

*A su vez, la actuación de los organismos comunitarios precisa de una organi-*

*zación y procedimiento administrativos que permitan cumplir las actividades concretas que su cometido les exige.*

*En esta relación entre administración local y administración comunitaria, se va gestando la necesidad de acercar los sistemas. De allí que si bien los ordenamientos administrativos internos se deben acomodar para el menor cumplimiento de las normativas comunitarias, para lo cual se deben mostrar abiertos a la recepción de nuevos principios jurídicos administrativos, de igual modo la administración comunitaria se va nutriendo de los principios de derecho administrativo, tanto lo organizacional como en lo procedimental, que mejor cuadran en el cumplimiento de sus objetivos de integración. Vale decir, que en la Comunidad se presenta la oportunidad de amalgamar, de producir una síntesis de los principios jurídicos que puedan ser aceptados y aplicados sin mayores resistencias en los ordenamientos internos de los países miembros.*

*De tal forma que ese principio de autonomía de los Estados miembros para aplicar administrativamente las normas comunitarias, además de influenciado, viene condicionado por éstas, se relativiza, puesto que requieren de procedimientos que sean garantes de los derechos que reconozcan, que hagan viable la vigencia efectiva del derecho comunitario, al no someterlo a trámites complejos y frustrantes de sus objetivos”<sup>17</sup>.*

No caso do Brasil, no presente momento, não são muito sensíveis as influências do Tratado do Mercosul sobre o direito administrativo interno, embora já se tenham registrado repercussões decorrentes da criação da empresa binacional (Itaipú) geradora de energia elétrica, construída e operada conjuntamente pelo Brasil e pelo Paraguai, e já tenham surgido alguns casos controvertidos em matéria de financiamento e contratação de obras públicas.

Mas a doutrina é muito firme no tocante à ocorrência de influências de tratados internacionais sobre o direito interno, inclu-

sive o administrativo, conforme comprova este vigoroso texto de Agustín Gordillo, que aborda não o Mercosul, mas, sim, um outro tratado, a Convenção Interamericana contra a Corrupção:

*“Estas normas modifican explosivamente el régimen de la ley de administración financiera del Estado, reforman sustancialmente los regímenes de contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos y entes reguladores en la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores; alcanzan a los organismos de control como la SIGEN y la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo de la Nación, modifican el régimen jurídico básico de la función pública, la responsabilidad penal constitucional del artículo 36, la ley del cuerpo de abogados del Estado y el decreto-ley de procedimiento administrativo; remozán el régimen de las facultades regladas y discrecionales de la administración. Inciden en la relación con los usuarios de los concesionarios y licenciatarios en situación de monopolio o exclusividad en la prestación de servicios públicos, tienen efectos sobre la ganancia de éstos que exceda límites objetivos justos y naturales, etc.”*<sup>18</sup>.

O que se pode inferir a respeito dessas observações sobre tratados internacionais é que, de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade, indiretamente, eles concorrem para um abrandamento do autoritarismo na Administração Pública, que fica mais permeável a acompanhamentos e controles por parte de quem não tem qualquer submissão ao Estado ao qual determinada estrutura administrativa ou determinado ordenamento jurídico administrativo são partes. Daí, um certo cuidado em não se revelar ditatorial e de apresentar-se como democrática.

## 5. Conclusões

Diante do exposto, resta apenas concluir que o desenvolvimento dos estudos de direito administrativo aponta para a impro-

priedade do uso da expressão “poderes administrativos”, que é incompatível com os princípios fundamentais do regime jurídico administrativo, no qual as autoridades administrativas não são dotadas de puros poderes, mas, sim, de deveres jurídicos impostos pela lei.

No cumprimento dos deveres, para melhor satisfação do interesse público, os agentes administrativos são dotados de certas prerrogativas que não são atributos pessoais, mas, sim, decorrem da função que exercem.

Em resumo, nas relações jurídico-administrativas, deve haver um equilíbrio entre poderes e responsabilidades, entre prerrogativas e sujeições, entre as potestades da Administração Pública e as garantias constitucionais dos cidadãos.

Esse equilíbrio já é uma realidade e está-se acentuando cada vez mais, à medida que os Estados vão-se tornando menos autoritários e mais democráticos, inclusive por efeito da tendência à formação de comunidades lastreadas em tratados internacionais.

Nesse contexto, os cultores de direito administrativo devem aprofundar seus estudos a respeito de temas como a razoabilidade, a boa fé e a estabilidade das relações jurídicas, que cada vez mais passam a conviver com tradicionais princípios dessa disciplina, tais como os princípios da legalidade, da isonomia, da publicidade e outros.

## Notas

<sup>1</sup> Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, p. 11.

<sup>2</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo*, RT, 2. ed. 1966, p. 62.

<sup>3</sup> Fritz Fleiner, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1933, p. 43.

<sup>4</sup> Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, RT, 5ª ed., 1982, p. 51 e 52.

<sup>5</sup> Jean Rivero, *Droit Administratif*, Précis Dalloz, 4ª, 1970, p. 35.

<sup>6</sup> Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1986, p. 43.

<sup>7</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 8ª ed., 1996, p. 29-30.

<sup>8</sup> Allan R. Brewer-Carias, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975, p. 54 e 55.

O mesmo consagrado autor analisa as emanações concretas da caracterização do estado de direito democrático e social em estudo sobre “El proceso de Constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia”, publicado em “Derecho Administrativo”, obra coletiva em homenagem a Miguel S. Marienhoff, coordenada por Juan Carlos Cassagne (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 157).

<sup>9</sup> Luiz Roberto Barroso, *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Renovar, 1990, p. 96 e 97.

<sup>10</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Funções do Tribunal de Contas*, RDP nº 72, out./dez. 1984, p. 148.

<sup>11</sup> Voto do Juiz Newton De Lucca no MS nº 94.03.093099-3-SP - TRF 3ª Região, publicado no Boletim AASP - nº 2043 - p. 473.

<sup>12</sup> Adilson Abreu Dallari, *Arbitragem na concessão de serviço Público*, Jurídica Administração Municipal, Salvador, nº 06, 1997, p. 17.

<sup>13</sup> Maria Paula Dallari Bucci, *O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 16, Editora RT, São Paulo, 1996, p. 173.

<sup>14</sup> Jesús Gonzáles Pérez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 32 e 33.

<sup>15</sup> Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª edição, Editora Saraiva, 194, p. 39 e 40.

<sup>16</sup> Weida Zancaner, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, RT, 1990, p. 53 e sgts.

<sup>17</sup> Roberto Dromi, *Derecho Comunitario*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 145, e *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995. p. 510.

<sup>18</sup> Agustín Gordillo, *Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ª ed., 1997, p. XVI-2 e XVI-3.