Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 9 – janeiro/fevereiro/março de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

NOTAS DE INTRODUÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

Prof. Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia e do Centro de Cultura Jurídica da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Membro do Ministério Público da Bahia. Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Secretário Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Professor Visitante em diversas Universidades brasileiras. Editor do site www.direitodoestado.com.br.

SUMÁRIO: —1. Direito Administrativo: delimitação positiva. —2. Direito administrativo: delimitação negativa. —3. Direito Administrativo: objeto e disciplina. —4. Elementos do conceito de direito administrativo. —5. Localização sistemática do direito administrativo (taxinomia)—6. Direito Administrativo: as ideologias implícitas. —7. Características do Direito Administrativo. —8. Temas fundamentais do direito administrativo.

1. DIREITO ADMINISTRATIVO: DELIMITAÇÃO POSITIVA

O direito administrativo é a parte do direito público que tem por objeto específico o *regime jurídico comum da função administrativa do Estado.*[1] Trata-

1 O núcleo da definição sugerida é a noção de função administrativa. Sobre o conceito de função administrativa, conferir nosso trabalho "Função Administrativa", publicado na *Revista Trimestral de Direito Público* (RTDP), n. 2, São Paulo, Ed. Malheiros, 1993, pp. 211-224, e na *Revista do Serviço Público*, Brasília, Ed. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), ano 46, vol. 119, n. 2/3, 1995. Definições análogas ou próximas podem ser encontradas na relação de conceitos doutrinários apresentada adiante (v. nota n.6). Parece certo dizer que a identificação do regime jurídico comum da função administrativa não pode receber resposta abstrata imutável, *a priori* ou idealista, desvinculada das peculiaridades de cada direito positivo. É sempre relativa, condicionada, situada no espaço e tempo, mas não é impossível de ser condensada em termos gerais, como equivocadamente sugerem alguns autores (v.g., SANTAMARIA PASTOR, *Princípios de Derecho Administrativo,* Madrid, 1994, p. 44-45; GARCIA DE ENTERRIA e T. RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 5ª ed., Madrid, 1990, p.

se de *subsistema de normas jurídicas, integrado no direito público*, *disciplinador da organização*, *das formas de expressão e dos limites jurídicos comuns a qualquer desempenho da função administrativa do Estado,* realizada por entidades, órgãos e agentes governamentais ou por particulares em atividade delegada.2

É dizer: o direito administrativo aglutina as normas do ordenamento jurídico dirigidas a regular, sob regime de direito público, as *estruturas subjetivas*, as *formas objetivas* e os *meios necessários* ao exercício da função administrativa do Estado.3 Nele se inclui, também, as normas voltadas a disciplinar *as relações jurídicas decorrentes do exercício da função administrativa* e as *formas de garantia* e *controle* à disposição dos cidadãos para contenção do exercício da função administrativa nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO: DELIMITAÇÃO NEGATIVA

De outra parte, parece importante frisar que as disposições do direito administrativo *não se limitam a regular a atividade do Poder Executivo*.

O direito administrativo não é o direito "próprio" e "exclusivo" do Poder Executivo. Não é direito "próprio", embora seja o direito por excelência da atividade do Poder Executivo, porque regula também o desenvolvimento da função administrativa nos demais Poderes, órgãos ou entidades públicas, bem como o exercício da função administrativa a cargo de particulares em função

---

24 e segs.). É relevante anotar que, no Brasil, normas constitucionais estabelecem os marcos iniciais, imediatos ou primários do regime jurídico da função administrativa do Estado. Esse fato conduz a que essas normas sejam objeto de estudo tanto de administrativistas, em razão da matéria que versam, quanto de constitucionalistas, em razão de estarem integradas na Constituição Formal. Alguns autores preferem denominar essas normas constitucionais de "direito administrativo constitucionalizado" (v.g., DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., Vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 172). Reversamente, há quem identifique o próprio direito administrativo como "direito constitucional concretizado" (FRITZ WERNER).

2 A vigente Constituição da República Federativa do Brasil, expressamente, cuida de submeter ao regime jurídico administrativo todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (v.g., art. 37, caput), bem como de estender a aplicação de regras e princípios de direito administrativo a simples particulares, quando no desempenho de atividade administrativa delegada (ex. concessionários e permissionários de serviço público) (v.g., art. 37, §6 e 175, 176).

3 Essa definição é bastante abrangente, máxime para os que reconheçam ampla "autonomia" aos campos de regulação cujo estudo foi destacado do direito administrativo ao longo deste século: v.g., o direito urbanístico, o direito tributário, o direito do meio ambiente, o direito previdenciário e o direito econômico. Trata-se, no entanto, de uma decorrência da conceituação inicial do direito administrativo como *direito comum da função administrativa do Estado.* Neste sentido, o direito administrativo continua a ser o substrato comum a todas essas novas partições do direito público, que se foram desgarrando dele, pois elas continuam a receber a interferência dos princípios do regime jurídico administrativo. Para além dessa perspectiva, em posição ainda mais abrangente, encontram-se os autores que tem identificado o direito administrativo como o *direito comum do direito público.* Sobre o conceito de direito administrativo como direito comum, cf. GEORGES VEDEL, *Derecho Administrativo,* trad. da 6ª ed. francesa, Ed. Aguilar, Madrid, 1980, p. 39; M. F. CLAVERO ARÉVALO, “Consecuencias de la concepción de Derecho administrativo como ordenamiento común y normal”, in: , do autor, estudios de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

delegada. Não é o direito "exclusivo" do Poder Executivo, porque o Poder Executivo e as demais unidades administrativas públicas são também regidos por outros departamentos do direito público e, ainda, em algumas hipóteses, pelo direito privado. 4

Não é também setor normativo ocupado apenas com a disciplina dos serviços públicos, pois é disciplinador de todas as atividades subsumíveis na função administrativa do Estado, regidas pelo direito público.

O direito administrativo tampouco se define em termos residuais, como um direito excepcional, mero agrupamento de normas jurídicas de exceção ao direito privado, especialmente o direito civil. Possui autonomia, assegurada por um feixe de princípios próprios, que lhe garantem a consistência de subsistema específico de normas.

O direito administrativo repele ainda definições estritamente legalistas, recusando a simples identificação com o conjunto das leis administrativas. Essas definições legalistas são circulares (tautológicas) e inúteis. As normas não se proclamam administrativas, mas simples normas, cabendo unicamente ao cientista avaliar o seu melhor enquadramento entre os departamentos do ordenamento jurídico, que, como é sabido, é uno e secionável apenas para fins científicos. Por fim, parece óbvio que o conjunto das "leis administrativas" não esgota o objeto do estudo do direito administrativo, que também se ocupa dos princípios expressos e implícitos na lei e na Constituição.

O direito administrativo recusa também qualquer outra definição em termos subjetivos, como direito da Administração Pública em sentido orgânico, ou direito de uma especial classe de órgãos do Estado, pois, como antecipado, pelo menos no Brasil, é ramo do direito público aplicado também a particulares no exercício da função administrativa delegada e a toda atividade administrativa dos Poderes do Estado.5

---

4 Sobre o tema, por todos, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*,* Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

5 A concepção subjetiva é defendida hoje por GARCIA DE ENTERRIA e T. RAMÓN FERNANDEZ (Cf. ob. cit., Vol. I, 1990, p. 36 e segs.), em face de peculiaridades do direito espanhol. Segundo esses autores, os "direitos" dividem-se em *gerais ou estatutários.* Os primeiros regulam atos ou atividades aplicáveis a qualquer "classe de sujeitos", como o Direito Civil; os segundos, de revés, apenas se aplicam às relações de uma classe especial de sujeitos, que são, assim, subtraídos da regulação comum. Para esses autores, o direito administrativo deve ser qualificado como "direito estatutário" por ser o direito específico das Administrações Públicas e exigir, nas relações jurídicas que regula, que ao menos uma das partes seja uma Administração Pública (idem, p. 38). Por essa razão, defendem, não se aplica o direito administrativo a "atividades materialmente administrativas" praticadas por organismos públicos não integrados na Administração Pública, a exemplo da polícia das Câmaras, funções das Mesas ou Presidências respectivas, polícia das salas dos Tribunais, a jurisdição voluntária, bem como atividades semelhantes exercitadas pelo Tribunal Constitucional e de Contas. Registre-se que a concepção do direito administrativo como direito estatutário é refutada por DIOGO FREITAS DO AMARAL, que recorda a existência de normas de direito privado específicas da Administração Pública (regras especiais sobre arrendamentos do Estado, direito de superfídice das pessoas coletivas públicas etc.) e que não integram o direito administrativo. Segundo o autor, "o facto de uma norma jurídica ser privativa da Administração Pública, ou de uma especial pessoa colectiva pública, não faz dela necessariamente uma norma de direito público" (v. *Curso de Direito Administrativo,* 2ªed. , Vol. I, Coimbra, Ed. Almedina, 1997, p. 142).

Essas recusas e negativas funcionam como definições negativas do direito administrativo, ao lado da definição positiva, apresentada de início. Na verdade, por essa via abreviada, repelem-se teorias ou enfoques metódicos tradicionais sobre a definição do direito administrativo (teoria do Poder Executivo, teoria do serviço público, teoria negativa ou residual, teoria legalista, teoria subjetivista).

Essas definições cumprem uma *função demarcatória*. Como se sabe, definir é estabelecer limites, fixar fronteiras de significação, demarcar âmbitos limitados de aplicação de conceitos. Mas é preciso acrescentar, para dizer algo útil, ainda mais uma distinção.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO: OBJETO E DISCIPLINA

Deve-se evitar confundir o direito administrativo (unidade articulada de preceitos e princípios normativos regentes da função administrativa do Estado; complexo normativo especial do direito público; parcela da ordem jurídica global) e a disciplina científica, acadêmica, denominada também direito administrativo (expressiva da doutrina do direito administrativo, do discurso teórico-explicativo-construtivo dos especialistas em direito administrativo).

A doutrina do direito administrativo (*direito administrativo-disciplina*) estuda o direito administrativo como complexo, sistema ou "microcosmo" de normas *jurídicas (direito administrativo-objeto*). Por isso, referida a um objeto, a expressão direito administrativo designa um *conjunto especial de normas*, uma fração da ordem jurídica, uma linguagem-objeto; referida a uma disciplina teórica, a locução direito administrativo denota uma sobre-linguagem, uma *linguagem de segundo nível*, dedicada a compreender e organizar em termos acessíveis a linguagem-objeto denominada direito administrativo. A doutrina do direito administrativo nada mais é do que uma *metalinguagem do direito administrativo*.

Enquanto objeto de estudo, a expressão direito administrativo é empregada em *sentido prescritivo* ou normativo. Enquanto *discurso sobre esse objeto*, *teoria sistemática,* doutrina científica, a locução direito administrativo é utilizada em *sentido descritivo.*

A disciplina direito administrativo *descreve*, *sistematiza* e *critica* o regime jurídico comum da função administrativa do Estado. Não é mera descrição, pois também participa da *construção* de uma *arquitetônica das normas do direito administrativo*, sistematizando a sua compreensão, além de *criticar* os correspondentes conteúdos normativos, à luz dos valores do sistema jurídico.

O direito administrativo consiste no *direito público comum da função administrativa do Estado.6*

---

6 Podem ser registradas algumas definições de direito administrativo. Entre os autores

4. ELEMENTOS DA DEFINIÇÃO

a) direito público

O direito administrativo é, antes de tudo, direito público.

É certo que não há critérios perfeitos ou unanimemente aceitos para a distinção entre direito privado e direito público. São sempre destacados, entre as diversas explorações doutrinárias, três critérios ou teorias: (a) a teoria do "interesse", que remonta a ULPIANO (D.1.1.1.2), (b) a teoria da "subordinação

---

nacionais, destacam-se as seguintes definições: "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" (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro, 20 ªed*., São Paulo, Ed. Malheiros, 1995, p.29); "ramo do Direito Positivo que, especifica e privativamente, rege a administração pública como forma de atividade; define as pessoas administrativas e a organização e os agentes do Poder Executivo das politicamente constituídas e lhes regula, enfim, os seus direitos e obrigações, em suas relações, umas com as outras e com os particulares, por ocasião do desempenho daquela atividade"(RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo, 6ªed.,* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.25-6; idem, *Sinopse de Direito Administrativo Brasileiro,* Porto Alegre, Ed. Sulina, 1965, *p.9*); "ordenamento jurídico da atividade do Estado-poder, enquanto tal, ou de quem faça as suas vezes, de criação de utilidade pública, de maneira direta e imediata" (OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 200*);* "o Direito Administrativo regula a estrutura e as relações de administração do Estado" (LAFAYETTE PONDÉ, Estudos de Direito Administrativo, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, p.65); *"*conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a organização e a atividade do Poder Executivo, inclusive dos órgãos descentralizados, bem como as atividades tipicamente administrativas exercidas pelos outros Poderes" (CARLOS S. DE BARROS JR., Compêndio de Direito Administrativo, 1963, I/81); "ramo do Direito Público que estuda os princípio e normas que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e as garantias de limitação e de controle de sua legalidade e legitimidade, na prossecução dos interesses públicos, excluídas a criação da norma legal e sua aplicação judiciária contenciosa" (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo,* 10 ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 36); "ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública"(MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo,* 10 ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1998, p. 46); Entre os autores estrangeiros, destacam-se as seguintes definições: " fracção da ordem jurídica interna que disciplina, por um lado, a organização administrativa e por outro lado a actividade ou função administrativa", ..."em termos de Direito Público" (AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo,* Exemplar policopiado, s.e., 1976, p. 115/119);"o sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública e disciplinam as relações pelas quais ela prossiga interesses colectivos podendo usar de iniciativa e do privilégio da execução prévia" (MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo,* I, p. 43*); "*o ramo do direito público que estuda o exercício da função administrativa e a proteção judicial existente contra ela" (AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo I, 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997, p. V-29); "ramo do direito público que regula a atividade do Estado que se realiza sob a forma de função administrativa" (GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo,* 1948, p. 17); "o direito administrativo é o regime jurídico da função administrativa e trata sobre o conjunto jurídico da atividade administrativa" (ROBERTO DROMI, *Derecho Administrativo,* 4 ª ed. , Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p.141); " parte do direito que regula a organização e o funcionamento do Poder executivo e suas relações com os administrados, assim como a função administrativa do diversos Poderes e Órgãos constitucionais do Estado" (FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo,* 11a ed., Vol. I, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, p. 113). "O Direito Administrativo é o Direito comum e geral das Administrações Públicas e dos demais Poderes Públicos em sua atividade relacional com os cidadãos e seu pessoal. (LUIS COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 7 ªed., Madrid, Ed. Civitas, 1996, p. 43). "a parte do direito público que tem por objeto a organização, os meios e as formas de atividade da Administração Pública e as consequentes relações jurídicas entre esta e os outros sujeitos"(ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, p. 26-7); "o conjunto das regras jurídicas distintas das do direito privado que regulam a atividade administrativa das pessoas públicas" (RIVERO, Droit Administratif, 1990, p. 24).

ou da sujeição" e (c) a teoria dos "sujeitos". 7

Para a primeira teoria, de nítido caráter teleológico, o direito privado diria respeito às normas que cuidam de disciplinar a "utilidade privada" ou os "interesses individuais"; o direito público, as normas respeitantes à prossecução de "interesses públicos", "interesses gerais" ou da "utilidade pública". Essa teoria, embora ainda influente, foi contestada por sua imprecisão, uma vez que a distinção entre interesse público e interesse privado é problemática, sendo trivial que normas jurídicas tomem em consideração tanto interesses públicos como interesses privados ("situações de mistura") e, por outro lado, o fato de serem facilmente encontradas situações jurídicas disciplinadas pelo direito privado de direto interesse público (ex. direito de família) e normas de direito público que zelam de forma intensa por interesses privados (ex. direito dos concessionários). Ela também é contestada por civilistas, na medida em que reduz o direito civil à expressão de um individualismo radical, desintegrado do interesse coletivo, o que não tem correspondência com os fatos.

Para a segunda teoria, o critério distintivo é a "forma" ou o "processo" de atuação da entidade pública: quando os sujeitos atuam de forma equiparada, igualitária, inclusive o Estado, tem-se direito privado; quando a entidade pública atua com superioridade, munida de supremacia ou de poderes de sujeição unilaterais, tem-se direito público. Por esta teoria o direito privado é, essencialmente, o direito da coordenação; o direito público, o direito da subordinação. A imperatividade caracterizaria as normas do direito público. A consensualidade e a abertura para a autonomia privada seriam a marca peculiar do direito privado. Esta concepção foi dominante por bastante tempo, mas entrou em crise com a superação do Estado Liberal, caracterizado pela administração restritiva ou disciplinadora, limitada a regular e a policiar os interesses privados em face do interesse comunitário. Com o advento do Estado Social, assim como da administração prestadora de serviços (pluriclassista e tutelar), ocupada em oferecer benefícios e prestações favoráveis aos indivíduos, sem o recurso a instrumentos coercitivos, o critério da subordinação entra em crise, pois não consegue explicar a aplicação do direito público sob formas "consertadas", "não autoritárias", "fomentadoras", "negociadas" ou "equilibradas". Argüi-se também que o direito privado regula algumas relações de desigualdade jurídica (ex. relações de tutela, de filiação) inderrogáveis pela vontade dos particulares.

Para a terceira teoria, ao menos em sua formulação inicial, entendia-se que seria direito público toda a regulação dirigida ao Estado ou a outro qualquer ente público; direito privado, o direito regulador das situações dos particulares. A teoria era insatisfatória, porque os entes públicos também

---

7 Para uma resenha das diferentes teorias, conf. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, ob. cit., Vol. I, 1976, pp-119 e segs; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Do Direito Privado na Administração Pública.* São Paulo, Ed. Atlas, 1989, pp. 23-27 e MARIA JOÃO ESTORNINHO, ob. cit., 1996, pp. 139-158. No texto, seguiremos a trilha discursiva dessas duas últimas autoras, simplificando-lhes a lição para fins didáticos. Cf., ainda, MICHELE GIORGIANNI, "O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras", *R. dos Tribunais,* ano 87, n. 747, jun., p. 35-55, 1998.

podem ser regulados e atuar em termos jurídico privados, ainda que submetidos a derrogações de direito público.

Posteriormente, surge na Alemanha uma nova versão da "teoria dos sujeitos", agora denominada "teoria do direito especial", que admite aplicação do direito privado ao Estado, reservando o direito público para identificar as normas que tenham como *único destinatário possível* o Estado. Para esta teoria, o direito privado é o "direito de todos", o "direito geral", sendo o direito público identificado por ser o "direito especial do Estado como titular do poder público". Na verdade, esta teoria é uma *teoria mista*, pois correlaciona a "teoria dos sujeitos" com a "teoria da sujeição", cuidando de isolar o direito público como o conjunto das *normas que disciplinam com exclusividade sujeitos detentores de poder público*. Pode ser feita a esta nova teoria a crítica aplicada à teoria da sujeição, pois é a cada momento mais amplo o rol de atividades "não autoritárias" da administração, realizadas embora sob o regime do direito público. Por isso, tem-se recomendado na doutrina mais recente um "concerto de critérios", uma consideração combinada de dois ou mais critérios em termos de uma "aplicação tópica", pragmaticamente vinculada ao caso concreto, condicionada pelos marcos normativos vigentes e à luz dos "lugares-argumentativos" fornecidos pelas teorias referidas.

É certo que, sob o prisma de qualquer das três grandes teorias, o direito administrativo é sempre *direito público*. Porém, como a Administração também pode atuar sob formas jurídico- privadas, não é destituído de interesse prático a discussão sobre os critérios de identificação para aplicação do direito público ou do direito privado em cada caso. 8

Por integra-se no direito público, as normas de direito administrativo geralmente regulam atuações marcadas pelas notas da *obrigatoriedade* e da *indisponibilidade*. No direito público administrativo, as formas de atuação, as estruturas organizacionais, os meios disponíveis não são livremente elegíveis pelo administrador, mas positivamente veiculados em normas jurídicas. O administrador público não se dá os próprios fins, pois a comunidade lhe define os fins e as formas a seguir, por seus representantes, através da lei. Em conseqüência, o administrador público exercita função, não poder; mandato, não império; atividade de serviço e não atividade livre.

Por isso, não integram o campo de abrangências do direito administrativo as normas que regulam aspectos da atuação jurídico-privada da Administração Pública, estabelecidos em termos que admitem a transação, a flexibilidade e a disposição empresarial, como, por exemplo, os atos de

---

8 Sobre a importância da discussão da "suma divisio", anota ALMIRO DO COUTO E SILVA um argumento adicional de ordem prática: "No Brasil, pela partilha constitucional de competências, só a União legisla sobre Direito Privado. Há, porém, distintas competências, vinculadas à União, aos Estados e aos Municípios, para legislar, p. ex., sobre Direito Administrativo. Assim, ainda que no plano teórico possa-se admitir que a distinção entre Direito Público e Direito Privado tem muito de artificial, nosso ordenamento jurídico exige que essa distinção seja feita, para que as competências constitucionais possam ser adequadamente exercidas", Cf. "Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas", In: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (org.), *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba - Direito Administrativo e Constitucional,* São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, p. 108.

comércio realizados por entidades privadas de exploração de atividade econômica encartadas na administração indireta do Estado (CF, art. 173). Nesta atividade, denominada por alguns de "gestão privada", a Administração deve também prosseguir o interesse público, sofre em alguns aspectos influxo de normas de direito público, mas não se encontra regulada predominantemente pelo direito administrativo.9

b) direito comum da função administrativa do Estado

A qualificação do direito administrativo como *direito comum* da função administrativa permite que lhe seja reconhecido um valor de aplicação geral direta e indireta no âmbito de todas as disciplinas especiais de regulação do desempenho da função administrativa. Em princípio, aplica-se direta e imediatamente; dispondo a lei em contrário, no entanto, aplica-se subsidiariamente. Esse fato não deixa de ter relevância prática, pois justifica o recurso a normas e princípios do direito administrativo na integração de possíveis lacunas nas disciplinas especiais autônomas do direito público interno ocupadas também com a disciplina da Administração (ex. lacunas do direito tributário, previdenciário, urbanístico etc.)

5. LOCALIZAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO (TAXINOMIA)

Tradicionalmente, o direito administrativo, como conjunto normativo, é situado no chamado *direito público interno*. Hoje essa afirmação pode ser objeto de crítica, ao menos parcial.

É crescente o número de diplomas internacionais que cuidam de regular aspectos do exercício da função administrativa exercitada por organismos internacionais. Pode-se falar hoje, sem maiores ressalvas, num *direito administrativo internacional*, formado por fontes de direito comunitário ou internacional, ao lado do tradicional *direito administrativo interno*.

Assim, por exemplo, para referir hipóteses destacadas por AGOSTIN GORDILLO, o regime jurídico de pessoal dos agentes lotados nos organismos internacionais, os limites à discricionariedade dos órgãos administrativos internacionais, entre outros aspectos, não integram o direito administrativo interno de cada país participante desses organismos nem são resolvidos à luz do direito internacional público 10

---

9 Em regra, hipóteses como a indicada envolvem situações juridicamente complexas, reguladas parcialmente pelo direito público e parcialmente pelo direito privado (direito civil, comercial, direito do trabalho). O direito privado geralmente não se aplica a entidades administrativas públicas de forma exatamente coincidente com o direito privado geral, destinado aos particulares. Esse fato tem levado a doutrina alemã a encontrar espaço para um campo normativo específico, regulador da atuação jurídico privada da Administração Pública, quando esta tem em mira fins imediatamente públicos: o "Direito Privado Administrativo". (Cf. ALMIRO COUTO E SILVA, ob. cit., p. 93).

10 Cf. AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Parte General,

6. DIREITO ADMINISTRATIVO: IDEOLOGIAS IMPLÍCITAS

Na base do direito administrativo, em tensão permanente, encontramos a relação fundamental entre *Administração e administrados, poder público* e *cidadãos.11*

Em razão dessa dualidade de sujeitos, os cultores do direito administrativo têm historicamente enfatizando ora um ora outro pólo da relação, e todos nós, ainda que inconscientemente, fazemos o mesmo, em maior ou menor medida. Fala-se então nas *ideologias implícitas no direito administrativo* e também em *função do direito administrativo. .*

De fato, para uns o direito administrativo nada mais é senão o *direito privilegiado do Estado, o direito das prerrogativas exorbitantes do Poder Público, o direito especial da atividade administrativa autoritária do Estado* (o que pode ser denominado também enfoque *"ex parte principe").* Para outros, porém, em posição diametralmente oposta, o direito administrativo é antes *direito defensivo do cidadão frente ao Estado, direito especial da cidadania face ao desempenho da função administrativa (enfoque "ex parte populi"*12*).*

Essas ideologias, ora de forma velada ora explicitamente, condicionam em grande parte a interpretação dos institutos de direito público e, em especial, dos institutos de direito administrativo.

Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997, 4 ed. , p. V-14-17. Cf., também, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Introduccion al Derecho administrativo,* Madrid, Ed. Tecnos, 1986, p. 133-136.

11 Essa afirmação, sob vários matizes, é feita por autores de diferentes latitudes, tomando aos poucos a feição de autêntico lugar-comum ou consenso básico entre os cultores do direito administrativo. Conf., em especial, FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo,* 11ª ed , Madrid, 1989, segundo o qual "el Derecho administrativo agrupa sus instituciones en torno a dos ideas, a la par antagónicas y complementarias: prerrogativa administrativa y garantia del particular" (pág.19).

12 Lapidar nesse passo o seguinte trecho do Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "(...) o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da administração. É ele que disciplina as relações entre a Administração e administrados. Não poderia existir numa época em que o Direito Público praticamente se resumia em um brocado: 'O que agrada ao príncipe tem vigor de lei". Só poderia existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão, o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais hão de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. Mas é, por excelência, um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder". ("Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, In: Curso de Direito Administrativo**,** obra coletiva, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986, pág. 13). Esta posição é assumida pelo autor citado sem unilateralidade. Adiante, no mesmo texto, CELSO ANTÔNIO adere à lição de FERNANDO GARRIDO FALLA, antes referida, segundo a qual o Direito administrativo estrutura-se em torno do binômio: prerrogativas da administração e direitos dos administrados, vale dizer, permanece tencionado permanentemente entre a proteção e garantia dos indivíduos em face do Poder do Estado (ou de quem lhe faça as vezes) e a supremacia dos interesses públicos, assumidos pela coletividade.

No Brasil, por fatores variados, inclusive pela forma predatória de nossa colonização, predominou sempre uma *compreensão autoritária do direito administrativo*, uma *interpretação bonapartista* do regime da administração pública, que enfatizava antes as prerrogativas excepcionais do poder público do que os deveres jurídicos da Administração e as garantias do administrado.13 No presente, felizmente, assistimos na doutrina a uma ênfase renovada nas garantias, nos instrumentos de controle do poder, uma preocupação reforçada com os deveres substanciais e formais da Administração, com o afivelamento da conduta do Estado, inclusive sob o ângulo da *moralidade administrativa.14*

Os desmandos a que fomos submetidos durante o regime militar e depois por administradores que se arvoraram a donos e iluminados senhores da coisa pública talvez nos tenham ensinado que o exercício do poder no Estado, para ser serviço, atividade de autêntica vocação pública, em favor da coletividade e não dos exercentes transitórios do poder, exige antes de tudo *responsabilidade e controle*.

A rigor, responsabilidade e controle são dois termos expressivos de uma mesma relação jurídica. *Responsabilidade* diz sobre a situação jurídica do sujeito controlado face ao sujeito controlante. *Controle* é termo que apreende a situação jurídica do controlante ante o controlado.

No direito administrativo a sujeição a controle é algo inerente ao próprio exercício da atividade pública, pois esta é vista como *função*, atividade finalista, dirigida ao interesse de terceiros, cometida ao agente *se* e *enquanto* prestante à proteção dos interesses comunitários tutelados na lei.

A especificidade da atividade administrativa, expressa na chamada relação de administração, encontrou na obra de RUY CIRNE LIMA a mais perfeita tradução.

Para CIRNE LIMA, a voz *administração*, seja no direito privado, seja no

---

13 Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 8 ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 26-nota.

14 Essas ideologias são tratadas também quando se discute a *função do direito administrativo.* O debate é resumido por DIOGO FREITAS DO AMARAL em termos felizes: "Também tem sido discutida na doutrina a questão da *função* do Direito Administrativo. As principais opiniões são duas — a função do Direito Administrativo é conferir poderes de autoridade à Administração Pública, de modo a que ela possa fazer sobrepor o interesse colectivo aos interesses privados (*'green light theories'*; teorias que dão *luz verde* à Administração para que actue e submeta os particulares à primazia do interesse geral); ou a função do Direito Administrativo é reconhecer direitos e estabelecer garantias em favor dos particulares frente ao Estado, de modo a limitar juridicamente os abusos do Poder Executivo e a proteger os cidadãos contra os excesso da autoridade do Estado (*'red light theories'*; teorias que opõem uma luz encarnada às pretensões avassaladoras do Poder frente ao indivíduo desarmado e ameaçado)". (ob. cit., p. 143-4). Para o mestre português, as teorias não são de aceitar em termos unilaterais. "A função do Direito Administrativo não é, por conseqüência, apenas 'autoritária', como sustentam as *green-light theories*, nem é apenas "liberal' ou 'garantística', como pretendem as red-light theories. O Direito Administrativo desempenha uma *função mista*, ou uma *dupla função*: legitimar a intervenção da autoridade pública e proteger a esfera jurídica dos particulares; permitir a realização do interesse colectivo e impedir o esmagamento dos interesses individuais; numa palavra, organizar a autoridade do poder e defender a liberdade dos cidadãos" (ob. cit., p. 144-5).

direito público, designa "a atividade do que não é senhor absoluto", cujo traço característico seria "estar vinculada, -não a uma vontade livremente determinada, - porém, a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que o exercita". E, por isso mesmo, consoante o mestre guacho, "a relação de administração somente se nos depara , no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe, nos parece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros.'15

Essas considerações, pondo em relevo a finalidade e não os sujeitos da atividade administrativa, colocam em evidência a falácia do uso cesarista do direito administrativo, freqüentemente ancorado na *identificação automática e imediata do aparato administrativo com o interesse público e a representação da coletividade.*

Essa identificação é refutada em termos precisos por GARCIA DE ENTERRIA e TOMAS RAMON FERNANDEZ:

"La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad — que es lo característico de la Ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad -, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada."16

No Estado Democrático de Direito, portanto, é a lei, e não a Administração, a instância expressiva dos interesses da coletividade, razão pela qual são exigíveis os preceitos legais de todos, dos particulares e dos próprios organismos do Estado. No Estado Constitucional, todos os sujeitos de direito devem subordinação à lei: os particulares, em termos de *compatibilidade* (não contradição com a lei); os órgãos e entes administrativos, em termos de *conformidade à lei* (a lei, para a Administração, funciona como pressuposto de atuação e não como simples limite negativo de atuação).

A Administração não é, portanto, por natureza, parte prevalente nas relações com particulares. Será assim apenas quando, realizando hipóteses típicas, estiver a serviço de interesses públicos objetivamente caracterizados na lei, vale dizer, quando funcionar como a *longa manus* do legislador na tutela de interesses e valores prioritários.

7. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Na literatura especializada é comum ressaltarem-se alguns aspectos característicos do direito administrativo. Embora não exista uniformidade, em geral as notas destacadas são as seguintes:

---

15 Cf. *Princípios de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1987, pág. 21.

16 Cf. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 5ª ed., Madrid, 1990, p. 28-9.

a) direito recente

b) direito não codificado

c) direito em constante mutação

d) direito extenso

e) direito comum

f) direito construído com ampla influência da doutrina e da jurisprudência

É útil um breve comentário sobre essas notas de caracterização.

O direito administrativo é considerado *recente* quando, sob um ângulo comparativo, verifica-se que o seu surgimento foi em muito posterior ao surgimento dos ramos tradicionais do direito, em especial o direito civil. Na verdade, sabe-se da existência remota de leis e normas administrativas, presentes já nas antigas dinastias do império faraônico.17 Mas essas leis e normas, por si sós, não importavam na identificação de um direito próprio, autônomo e específico da administração pública. O nascimento do direito administrativo ocorre apenas quando a atividade administrativa e a organização administrativa do Estado passam a ser exigíveis pelos particulares (cidadãos, *cives* e não mais *subditi),* por serem juridicamente vinculantes, o que ocorre apenas com o advento do Estado Constitucional, consagrador dos princípios da separação dos poderes e da supremacia da lei como fonte expressiva da soberania popular e dos interesses da coletividade. Essas condições são de conquista paulatina, percorrendo todo o século XIX. O direito administrativo emerge do ideário da revolução francesa (1789), mas adquire consistência apenas ao longo do século XIX. É usual entre os autores a identificação da lei francesa de 28 pluviose do ano VIII (1800) como marco de nascimento do direito administrativo, por haver esse diploma conferido à administração francesa "uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória"18. A primeira cátedra de direito administrativo é de 1817, na Universidade de Paris, sob a regência de DE GERANDO. No Brasil, a disciplina foi cultivada a partir de 1851, quando é criada a cadeira de direito administrativo pelo Decreto 608, de 16.8.1851. Em 1857, surge o primeiro livro brasileiro de direito administrativo, escrito por VICENTE PEREIRA DO REGO, professor da Academia de Direito do Recife.

Essa relativa juventude do direito administrativo (um século e meio de existência), explica que seja um direito considerado em formação, ou imaturo, com diversas noções ainda carentes de ordenação sistemática e com áreas ou

17 MASSIMO SERVERO GIANNINI, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo,* Trad. Buena de Alcazár e J.M. García Madaria. Madrid, Instituto Nacional de Administración Publica, 1980, p. 9 e segs.

18 Zanobini, *apud* ODETE MEDAUAR, *O Direito Administrativo em Evolução,* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 10.

setores inteiros ainda por explorar.

É também um *direito não codificado,* no sentido de não contar com uma ordenação legislativa unitária, facilmente reconhecida, consubstanciada num texto único, veiculadora dos seus institutos principais. É certo que já contamos com códigos administrativos parciais (Código de Águas, Código de Mineração, Código Florestal etc.). Mas falta uma codificação abrangente, articulada, dos institutos centrais do direito administrativo. Hoje, porém, a tese da codificação do direito administrativo, ao menos limitada à parte geral do direito administrativo, encontra um número cada vez maior de adeptos, tendo se refletido já na recente lei sobre normas gerais de processo administrativo da União (Lei n. 9.784, de 29.01.1999). A ausência de uma ordenação sistemática geral unitária, sem dúvida, dificulta o estudo da disciplina, ampliando ainda mais a relevância da pesquisa sobre os princípios comuns e juridicamente obrigatórios nos distintos setores da atividade administrativa do Estado ou de seus delegados.

Esse caráter fragmentário da disciplina do direito administrativo tem contribuído também para que se lhe reconheça a condição de *direito em constante mutação,* dinâmico por excelência. Esse dinamismo tem origem na extensão do direito administrativo, que acompanhou a ampliação do papel do Estado nas sociedades pós-industriais e também na necessidade de permanentemente ajustar a ação do Estado a novas demandas comunitárias. Esse dinamismo explica ainda a necessidade de contínua renovação da dogmática do direito administrativo, com revisão constante de dogmas e conceitos.

O direito administrativo também é considerado *direito extenso* por tratar dos mais variados aspectos da atividade administrativa do Estado, bem como *direito comum*, no sentido de ser o direito normal, rotineiro, constante da atividade administrativa do Estado. Essa extensão tem feito surgir, ao longo do tempo, fragmentações e especializações do direito administrativo (direito ambiental, direito urbanístico, etc.), permanecendo o direito administrativo como ordem jurídica geral subsidiária desses ramos específicos do direito público.

É também universalmente reconhecido ao direito administrativo a condição de *direito amplamente influenciado pela jurisprudência* e, entre nós, com grande vigor, também pela *doutrina*. Essa fato encontra explicação histórica e explicação pragmática. Historicamente, diversas noções capitais do direito administrativo tiveram origem mediante revelação jurisprudencial e não por via legislativa. Em especial, destaca-se a atuação do Conselho de Estado Francês, para muitos o verdadeiro criador do direito administrativo moderno.19 Em termos pragmáticos, a extensão incalculável das normas administrativas (leis, regulamentos e demais atos normativos) e a complexidade e juventude desse ramo do direito, importaram num alargamento da atividade

19 LAFAYETTE PONDÉ, *Estudos de Direito Administrativo,* Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, p. 11 e segs..

jurisprudencial e doutrinária, visível neste ramo do direito especialmente quando, ante casos e conflitos a qualificar e a decidir, busca-se ordenar, sistematizar e compreender em grandes linhas a disciplina administrativa do Estado, descobrindo e concretizando princípios, com oferecimento de soluções criativas que muitas vezes antecipam construções explícitas do legislador. No Brasil, essa tarefa desbravadora tem sido cumprida sobretudo pela doutrina. Esse fato torna difícil e fascinante a investigação, o ensino e o aprendizado do direito administrativo.

8. TEMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A larga abrangência do direito administrativo, como direito público comum da função administrativa do Estado, revela-se também pela simples identificação dos temas fundamentais do direito administrativo.

É impossível qualquer arrolamento definitivo ou permanente de temas, mas, sem dúvida, parece possível identificar certas constantes temáticas no direito administrativo, decorrentes do seu *papel duplo* de *ordenador da atividade administrativa do Estado* e *garante dos direitos do cidadão*.

Em especial, podem ser destacados os dez temas seguintes:

a) princípios ordenadores do regime jurídico próprio da administração pública;

b) organização administrativa;

c) formas de expressão da função administrativa (p. ex., atos administrativo, contratos administrativos);

d) processo administrativo;

e) controle administrativo;

f) limitações administrativas aos particulares e formas de intervenção administrativas na economia;

g) garantias dos administrados;

h) bens públicos;

i) formas de delegação da atividade administrativa pública;

j) responsabilidade da Administração Pública.

Esses temas podem ainda ser desdobrados em diversos outros, bem como ser aglutinados ou restringidos, conforme o ordenamento jurídico e a fase de desenvolvimento da atividade do Estado.

São elementos significativos, no entanto, da extensão, da importância e do dinamismo desse ramo do direito, que diz de perto não apenas sobre a *satisfação dos interesses concretos* mais amplos da coletividade, mas com o próprio *estatuto da cidadania administrativa do brasileiro*, condensando, talvez como nenhum outro campo do direito, a tensão permanente entre *autoridade* e *liberdade*.

No direito administrativo, as garantias de liberdade e os predicados de autoridade não estão dispostos em termos meramente estruturais ou arquitetônicos, como é predominante no direito constitucional, mas definidos em termos concretos, operativos, funcionais, harmonizando-se com dificuldade e de forma instável. O resultado final dessa dialética é dado pela *democracia,* entendida como o regime político que *institucionaliza o risco*, admitindo avanços e retrocessos, em síntese provisória resultante da luta política em cada momento histórico, nunca pela simples generosidade dos governantes de plantão. (Notas de aula, Salvador, 15 de março de 1999).

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MODESTO, Paolo. Notas De Introdução Ao Direito Administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

4) A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não disponível.