REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 01 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 02 - JUL/DEZ 2016
ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro
2016

Revista de Direito da Administração Pública

Law Journal of Public Administration

Conselho Editorial:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu
Sra. Andreia Cristina Rocha Gomes, UFF.
Sra. Ariane Sherman Vieira, UFMG.
Sr. Ciro Di Benatti Galvão.
Sr. Daniel Capecchi Nunes, UFJF.
Sr. Eduardo Manuel Val, UFF.
Profa. Dra. Irene Nohara, MACKENZIE.
Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF.
Prof. Ms. João Paulo Sporl, USP.
Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ.
Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ.
Prof. Ms. Mariana Bueno Resende, UFMG.
Prof. Dr. Phillip Gil França, PUC-RS.
Prof. Ms. Thiago Bastos, UFRJ.

Diagramação e Layout:

Sr. Emerson Moura, UFJF.

SUMÁRIO

Apresentação 005
Emerson Affonso da Costa Moura

Concursos públicos e a tormentosa questão do exame psicotécnico como condição para ingresso no serviço público 007
Henrique Ribeiro Cardoso e Liliane Santos Araújo

As escolas de governo na profissionalização da burocracia brasileira 032
Alex Cavalcante Alves

Discricionariedade e controle na tutela do patrimônio histórico e cultural: reserva da administração na escolha entre interesses públicos concorrentes e os limites da intervenção dos poderes judiciário e legislativo 060
Patricia Ferreira Baptista

Desapropriação indireta por instituição de áreas ambientais: um estudo crítico à luz da tese dos direitos de Ronald Dworkin 077
Lilian de Brito Santos, Iago dos Santos Moura-Melo e Ricardo Afonso-Rocha

Contributos para o estabelecimento de critérios de resoluções de conflitos de competência legislativa em matéria de licitação e contratos administrativos 106
Victor Amorim

O aplicativo uber: um estudo de caso baseado nos princípios e fundamentos da ordem econômica na constituição federal de 88 128
Paulo Samico Junior

Compras públicas como instrumento para o desenvolvimento econômico nacional: novidades e questionamentos oriundos das alterações promovidas pela Lei n.º 12.349/2010 156
Gustavo Henrique Sperandio Roxo

Governança corporativa e medidas de prevenção contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da lei nº 13.303/2016 176
Cristiana Fortini e Ariane Shermam

Transformações do Direito Administrativo 188
Maria Sylvia Zanella Di Pietro

El efecto irradiante de los derechos fundamentales en el processo administrativo 216
Alexander Espinoza Rausseo

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

TRANSFORMATIONS OF ADMINISTRATIVE LAW

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora titular aposentada da Universidade de São Paulo (USP).

RESUMO: As transformações do direito administrativo brasileiro a partir da análise do duplo aspecto do direito administrativo desde a sua origem, da evolução da disciplina, das causas das suas transformações e das suas principais inovações é o tema posto em debate. Pretende-se demonstrar que as transformações podem ser sintetizadas em quatro expressões: *constitucionalização* seja pela elevação ao nível constitucional de inúmeras matérias próprias da legislação ordinária, seja pela irradiação dos efeitos de princípios e valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, com consequências sensíveis em matéria de interpretação da Constituição; *humanização*, pela defesa da centralidade da pessoa humana, a exigir razoabilidade (necessidade, adequação e proporcionalidade) entre as restrições aos direitos individuais e a proteção do interesse público; *privatização* ou fuga para o direito privaado, pela busca de instrumentos próprios do direito privado, como consenso e contratualização (em detrimento dos atos unilaterais, imperativos e autoexecutórios), substituição de pessoal estatutário por terceirizados, gestão de serviços públicos pela iniciativa privada, parcerias com o terceiro setor; *democratização*, pelos instrumentos da participação, processualização, motivação, transparência.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Administrativo; Transformações; Constitucionalização. Humanização; Privatização; Democratização.

ABSTRACT: The transformations of Brazilian administrative law from the analysis of the double aspect of administrative law since its origin, the evolution of the discipline, the causes of its transformations and its main innovations is the subject of debate. It is intended to demonstrate that the transformations can be summarized in four expressions: constitutionalisation, either by raising constitutional issues of numerous matters of ordinary law, or by irradiating the effects of constitutional principles and values on the whole infraconstitutional legal order, with Interpretation of the Constitution; Humanization, for the defense of the centrality of the human person, to demand reasonableness (necessity, adequacy and proportionality) between restrictions on individual rights and protection of the public interest; Private law instruments, such as consensus and contractualisation (to the detriment of unilateral, imperative and self-executing acts), substitution of statutory personnel by outsourced workers, management of public services by private initiative, partnerships with The third sector; Democratization, by the instruments of participation, proceduralisation, motivation, transparency.

KEYWORDS: Administrative Law; Transformations; Constitutionalisation. Humanization; Privatization; Democratization.

I. O DUPLO ASPECTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DESDE AS ORIGENS

O direito administrativo, tal como o estudamos ainda hoje, começou a formar-se, como ramo autônomo, em fins do século XVII e início do século XIX. As normas que anteriormente existiam, que hoje estariam inseridas nesse ramo do direito, faziam parte do *jus civile*, que congregava inúmeros institutos e dispositivos que depois se desprenderam e passaram a fazer parte de diferentes ramos do direito.

O direito administrativo nasceu na França e desenvolveu-se naquele país pelo trabalho do órgão de cúpula da jurisdição administrativa, o Conselho de Estado francês. Trata-se de ramo do direito que, desde as suas origens, formou-se em função de um sujeito, a saber, a Administração Pública. Por isso mesmo, o seu regime jurídico foi sendo construído com base em normas próprias, diversas daquelas que disciplinam as relações jurídicas entre particulares. Surgiu como um ramo do direito público que derroga o direito civil.

O direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a *proteção aos direitos individuais* diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito. De outro lado, a *necessidade de satisfação do interesse público*, que serve de fundamento às prerrogativas e privilégios outorgados à Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (pelo poder de polícia e intervenção), quer para conceder benefícios e utilidades para o cidadão (pelo fomento e prestação de serviços públicos).

Por isso, a doutrina administrativista aponta os dois lados do direito administrativo: *liberdade do cidadão* e *autoridade da Administração Pública*; *restrições* e *prerrogativas*. Para assegurar-se a liberdade, impõe-se ao Estado a observância de uma série de restrições, muitas vezes expressas por meio de princípios. Para garantir a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução dos seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que têm por objetivo assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular. Assim tem sido entendido o regime jurídico administrativo desde as suas origens.

Nesse ramo do direito público surgiram inúmeros institutos que protegem as *prerrogativas* da Administração Pública, como os poderes inerentes à função social da propriedade e ao poder de polícia (poderes de desapropriar, de requisitar bens e pessoas, de instituir servidão, de ocupar temporariamente imóvel de propriedade privada, de exercer a polícia administrativa, de praticar atos unilaterais imperativos (independentes da concordância do destinatário) e autoexecutórios (não dependentes de título judicial), alterar e rescindir

unilateralmente os contratos administrativos, exercer fiscalização, aplicar sanções, anular, convalidar e revogar atos administrativos e contratos. Além disso, reconhece-se à Administração uma série de privilégios em juízo, como o processo especial de execução por meio de precatórios, prazos dilatados para contestar e para recorrer, duplo grau de jurisdição, dentre outros.

No entanto, nesse mesmo ramo do direito, foram surgindo institutos, teorias, princípios que protegem os *direitos individuais* frente aos poderes do Estado, como a teoria do serviço público (que fornece utilidades ao cidadão), a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, à qual são inerentes as teorias da imprevisão e do fato do príncipe; a teoria da responsabilidade do Estado; a sujeição da Administração Pública a inúmeros princípios, muitos deles hoje constitucionalizados, dentre os quais sobrelevam os princípios da legalidade e do interesse público, do qual derivam inúmeros outros, como moralidade, transparência, segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, dentre outros.

Esse duplo aspecto do direito administrativo tem sido uma constante no estudo do direito administrativo. A balança pende ora para o lado das prerrogativas, ora para o lado da proteção dos direitos individuais.

II. EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo, desde as suas origens, vem passando por toda uma evolução. Muito se tem escrito sobre as transformações do direito administrativo, no direito estrangeiro e no direito brasileiro.

Essa evolução é inevitável e, ao longo dos anos, tem dado margem à publicação de inúmeros trabalhos, alguns mais recentes, outros mais antigos, a demonstrar que as transformações não cessam. O direito administrativo mal tinha nascido e já Leon Duguit escrevia o seu conhecido trabalho sobre *Les transformations du droit public*, de 1913. Jean-Louis de Corail escreveu, em 1954, sobre *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*. Fernando Garrido Falla escreveu sobre *Las transformaciones del regimen administrativo*, de 1962. Há ainda a obra coletiva organizada por Massimo Severo Giannini, sob o título *Le transformazioni del diritto amministrativo*, de 1995; Maria João Estorninho publicou duas obras, uma intitulada *Réquiem pelo contrato administrativo*, de 1990, e *Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, de 1999; Jacqueline Morand-Deviller escreveu artigo sobre *Les*

mutations du droit administratif français, traduzida para o português e publicado na Revista de Direito Administrativo & Constitucional, vol. 50, p. 51-65).

No direito brasileiro, podem ser citados, entre outros, o livro de Odete Medauar sobre *O direito administrativo em evolução* (tese de doutorado), de 1991; os livros de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sob os títulos de *Mutações do direito administrativo*, de 2000, e *Mutações do direito público*, de 2006; a obra coletiva organizada por Floriano de Azevedo Marques Neto e Alexandre Aragão, sobre *O direito administrativo e seus novos paradigmas*, de 2008. De minha autoria, o trabalho sobre os *500 anos do direito administrativo brasileiro*, publicado nos Cadernos de Direito e Cidadania II, organizado pelo IEDC (Instituto de Estudos Direito e Cidadania) e também encontrado in www.direitodoestado.com.br; e ainda o artigo sobre *Inovações do direito administrativo*, publicado na Revis*ta Interesse Público*, nº 30, p. 39-55. Há ainda a tese de Fernando Dias Menezes de Almeida, de 2013, sobre *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*, na qual o autor dedica também um capítulo sobre a *evolução no período atual*.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto[132] fala sobre a existência de um *novo Direito Administrativo*, "*embora, com a mesma denominação, continue a ser, fundamentalmente, aquela disciplina que ROMAGNOSI e LAFERRIÈRE fundaram cientificamente, a que OTTO MAYER, ORLANDO e SANTI ROMANO conferiram magnífica estrutura sistemática e que chegou aos anos de maturação silenciosa do século passado para por fim beneficiar-se das genialidades contemporâneas de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e de MASSIMO SEVERO GIANNINI, mas ainda mantendo muitas das características doutrinárias originais, chega-nos ela, hoje renovada, como uma Disciplina jurídica muito mais extensa, complexa e sem dúvida bem mais importante do que o foi nos seus dois séculos de evolução*".

III. CAUSAS DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Inúmeros fatores costumam ser apontados como responsáveis pelas transformações do direito administrativo: i) aproximação, no direito comunitário europeu, entre os sistemas de base romanística e da *common law*; ii) influência da ciência econômica, com a formação do chamado direito administrativo econômico; nesse aspecto foi grande a inspiração no direito comunitário europeu que, em suas origens, revelava grande preocupação com os princípios da ordem econômica, como liberdade de iniciativa e livre concorrência; iii) influência dos

[132] *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223-224.

princípios do neoliberalismo que também incentivam os princípios da ordem econômica, inclusive na prestação de serviços públicos; iv) movimento em favor da centralidade da pessoa humana, com a valorização dos direitos individuais, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana; v) constitucionalização do direito administrativo, especialmente dos princípios da Administração Pública, que levaram à ampliação do conteúdo da legalidade e, paralelamente, à redução da discricionariedade administrativa, com a consequente ampliação do controle judicial sobre os atos da Administração Pública; vi) preocupação com a eficiência na prestação de serviços públicos; vii) substituição do modelo de Estado prestador de serviços pelo Estado regulador, o que favoreceu o incremento da atividade de fomento à iniciativa privada, o surgimento de novas modalidades de parcerias, o movimento de "agencificação", paralelo às privatizações de empresas estatais, o incremento das concessões, a redução da atividade de intervenção direta no domínio econômico, acompanhado do crescimento da intervenção indireta, pela regulação.

O direito administrativo brasileiro não escapou à influência de todos esses fatores. As principais inovações foram introduzidas após a Constituição de 1988, seja com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob a inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema do *common law* e do direito comunitário europeu, que levaram à chamada Reforma do Estado, na qual se insere a Reforma da Administração Pública e, em consequência, à introdução de novidades no âmbito do direito administrativo. Não se pode deixar de mencionar a influência de princípios da ciência econômica e da ciência da administração no direito administrativo, com duas consequências: de um lado, a formação do chamado *direito administrativo econômico* (com a busca maior por institutos do direito privado, a contratualização, o prestígio dos princípios da ordem econômica, como liberdade de iniciativa e livre concorrência, inclusive na prestação de serviços públicos) e, de outro lado, a preocupação com princípios técnicos, mais próprios da ciência da administração, significando um retorno a uma fase anterior em que já houve a confusão entre os institutos e princípios jurídicos, próprios do direito, e os aspectos puramente técnicos, mais ligados à ciência da administração.

IV. PRINCIPAIS INOVAÇÕES

As transformações referidas mais insistentemente pelos autores são a *democratização da Administração Pública*, pela garantia de maior *participação* da sociedade civil na gestão e no controle social dos atos do poder público; paralelamente, a maior *transparência* na atuação

administrativa com a consequente e indispensável garantia do direito à informação; a *constitucionalização do direito administrativo*, que trouxe maior amplitude ao princípio da legalidade e reduziu a discricionariedade administrativa, aumentando, em consequência o controle judicial, inclusive sobre as políticas públicas; o incremento da *consensualidade* e o *fortalecimento do contrato* como meio de reduzir ou abrandar a imperatividade e executoriedade dos atos administrativos unilaterais; a *substituição da legalidade por constitucionalidade*; a *fuga para o direito privado*.

Dentre as inovações, no âmbito da União Europeia, cabe mencionar, dentre outras, a substituição do conceito de serviço público por *serviço econômico de interesse geral*, o *abrandamento ou extinção de algumas das cláusulas exorbitantes* dos contratos administrativos, a força crescente das *fontes internacionais do direito* (já que os Tratados têm força normativa superior à da legislação interna, inclusive à própria Constituição). Também no direito europeu se fala do crescimento do *direito público econômico* ou *direito administrativo econômico*. Esse crescimento, segundo Jacqueline Morand-Deviller,[133] representa significativamente "*uma vontade de aproximação aos modos de gestão do Direito Privado e ao pragmatismo do Direito anglo-saxão*". Acrescenta a autora que se assiste, também, nestes últimos anos, "*a uma renovação da noção central de interesse público e ao desenvolvimento de grandes princípios fundamentais: a singularidade do Direito Público e sua ética particular em torno do bem comum, da utilidade pública e do interesse público, noções vizinhas, aparece então como uma evidência e uma necessidade*".

Para retratar de forma singela as transformações por que vem passando o direito administrativo brasileiro, tenho utilizado[134] quatro fórmulas bem sintéticas, mas que abrangem rol expressivo de inovações:

a) *constitucionalização*, seja pela elevação ao nível constitucional de inúmeras matérias próprias da legislação ordinária, seja pela irradiação dos efeitos de princípios e valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, com consequências sensíveis em matéria de interpretação da Constituição.

b) *humanização*, pela defesa da centralidade da pessoa humana, a exigir razoabilidade

[133] As mutações do direito administrativo francês. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 12, nº 50, p. 52.
[134] In: *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 235.

(necessidade, adequação e proporcionalidade) entre as restrições aos direitos individuais e a proteção do interesse público;

c) *privatização* ou *fuga para o direito privaado*, pela busca de instrumentos próprios do direito privado, como consenso e contratualização (em detrimento dos atos unilaterais, imperativos e autoexecutórios), substituição de pessoal estatutário por terceirizados, gestão de serviços públicos pela iniciativa privada, parcerias com o terceiro setor;

d) *democratização*, pelos instrumentos da participação, processualização, motivação, transparência.

IV.I. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO [135]

O direito administrativo brasileiro, em seu desenvolvimento, nunca se afastou do direito constitucional. É na Constituição que se encontram os fundamentos dos principais institutos do direito administrativo.

No direito brasileiro, a constitucionalização do direito administrativo se entendida apenas como presença de normas de outros ramos do direito na Constituição, existe desde longa data. Em se tratando de normas próprias do direito administrativo, essa presença na Constituição vem ocorrendo principalmente a partir da Constituição de 1934, onde se encontram normas sobre servidor público, ação popular, atribuição de atividades à competência exclusiva da União, previsão de lei sobre concessão de serviços públicos. Nas Constituições posteriores manteve-se a mesma sistemática, que se acentuou consideravelmente na Constituição de 1988.

Com efeito, foi inserido um capítulo específico sobre Administração Pública, com previsão de princípios a ela impostos no *caput* do artigo 37; ampliação das normas sobre servidores públicos, inclusive sobre seus vencimentos, proventos e pensão (arts. 37 a 41); introdução de normas sobre o regime de previdência social próprio do servidor público (art. 40); previsão da licitação para celebração de contratos administrativos (art. 37, XXI); ampliação

[135] Sobre o tema, escrevemos artigo intitulado *Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, publicado in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196. No mesmo livro, ainda tratando da constitucionalização, trabalhos de Fabrício Motta, sobre *O paradigma da legalidade e o direito administrativo* (p. 197-229) e de Cristiana Corrêa Conde Faldini, sobre *A constitucionalização do direito administrativo* (p. 261-277).

da função social da propriedade para a área urbana (antes prevista apenas para a área rural), aumentando as hipóteses de desapropriação sem indenização (art. 182); extensão da regra da responsabilidade civil objetiva às entidades privadas prestadoras de serviço público (art. 37, § 6º); previsão de órgãos reguladores da exploração de atividades de telecomunicações e de petróleo (art. 21, XX, e art. 177, § 2º, III); previsão do contrato que se convencionou chamar de contrato de gestão entre o poder público e administradores de órgãos e entidades públicas (art. 37, § 8º); inclusão de norma sobre gestão associada de serviços públicos, com possibilidade de constituição de consórcios públicos ou convênios, para essa finalidade (art. 241); indicação do rol dos bens do domínio da União e dos Estados (arts. 20 e 26); normas sobre a proteção do patrimônio cultural (art. 216); ampliação das medidas judiciais de controle da Administração Pública, especialmente para proteção de interesses difusos e coletivos, a saber, ações coletivas, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública (arts. 5º, XXI, LXX, LXXIII, e 129, III).

No entanto, o sentido em que hoje mais se fala em constitucionalização é aquele referido por Virgílio Afonso da Silva,[136] com base na lição de Louis Favoreu: é a *constitucionalização-transformação*, que teve início com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e se refere ao "*efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico*", ainda mais, com alterações introduzidas por Emendas à Constituição.

Luís Roberto Barroso,[137] embora admitindo outros sentidos para o vocábulo *constitucionalização*, atribui-lhe o mesmo sentido referido por Virgílio Afonso da Silva. Para ele, a ideia de constitucionalização "*está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional*".

Nas palavras de Cristiana Corrêa Conde Faldini,[138] "são temas correlatos (a *vinda* para a Constituição de normas dos diversos ramos do direito e a *ida* da Constituição, com seus

[136] *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48-49.
[137] A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coordenadores). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 32.
[138] *A constitucionalização do direito adminisrativo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícus Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 266.

valores e fins, aos diferentes ramos do direito infraconstitucional), que podem caminhar em paralelo, mas permanecem distintos".

É nesse sentido que a constitucionalização do direito administrativo é mais recente (porque teve início com a Constituição de 1988) e produziu reflexos intensos sobre o *princípio da legalidade* (que resultou consideravelmente ampliado) e a *discricionariedade* (que resultou consideravelmente reduzida). Houve a constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado: eles são obrigatórios para o Legislativo e seu descumprimento pode levar à declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem; são obrigatórios para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados pela Constituição (legalidade em sentido amplo); e são obrigatórios para o Poder Judiciário, que pode ampliar o seu controle sobre as leis e os atos administrativos, a partir da interpretação de valores e princípios, que são adotados como verdadeiros dogmas do ordenamento jurídico.

Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do *Estado Democrático de Direito.* Duas ideias são inerentes a esse tipo de Estado: *uma concepção mais ampla do princípio da legalidade* e a ideia de *participação do cidadão* na gestão e no controle da Administração Pública.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.

A inspiração veio do direito alemão. O artigo 20, § 3º, da Lei Fundamental da Alemanha, de 8-5-49, estabelece que "*o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito*". Ideias semelhantes foram inseridas nas Constituições espanhola e portuguesa.

No Brasil, embora não se repita norma com o mesmo conteúdo, não há dúvida de que se adotou igual concepção, já a partir do preâmbulo da Constituição, rico na menção a valores como segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Além disso, os artigos 1º a 4º e outros dispositivos esparsos contemplam inúmeros princípios e valores, como os da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o da erradicação da pobreza, o da prevalência dos direitos humanos, o da moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência, economicidade, dentre outros. Todos esses princípios e valores são

dirigidos aos três Poderes do Estado: a lei que os contrarie será inconstitucional; a discricionariedade administrativa está limitada pelos mesmos, o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito, no sentido assinalado.

Vale dizer que, hoje, o princípio da legalidade tem uma abrangência muito maior porque exige submissão ao *Direito.*

A consequência da ampliação da legal*idade é a redução da discricionariedade* e, como não podia deixar de ser, do *mérito* do ato administrativo. Essa redução já vinha ocorrendo no decurso do tempo, pela aplicação das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes. Mais recentemente, no direito brasileiro, aceitou-se a teoria dos *conceitos jurídicos indeterminados* (conceitos plurissignificativos, utilizados nas regras jurídicas, como interesse público, urgência, utilidade pública etc); tais conceitos eram considerados aspectos de mérito, excluídos da apreciação judicial; hoje se considera que, sendo conceitos jurídicos, são passíveis de interpretação e, portanto, de controle pelo Poder Judiciário. O Judiciário não pode mais alegar, *a priori*, que o termo indeterminado utilizado na lei envolve matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem primeiro que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido e só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. A existência de diferentes opções válidas perante o direito afasta a possibilidade de correção do ato administrativo que tenha adotado uma delas.

Além disso, com a constitucionalização dos princípios da Administração Pública, conferiu-se ao Poder Judiciário e aos demais órgãos de controle a possibilidade de examinar aspectos do ato antes vedados ao Poder Judiciário. Princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros previstos no ordenamento jurídico, são utilizados no controle de atos administrativos, dentro da ideia, já referida, de que a Administração Pública deve obediência não só à lei, mas ao Direito.

Carlos de Cabo Martín[139] resume o que vem ocorrendo com o princípio da legalidade e, de outro lado da moeda, com o controle judicial.

Quanto à legalidade, ele fala em *substituição da legalidade por constitucionalidade* ou tendência à hiperconstitucionalização do sistema, com a ampliação do âmbito da Constituição e diminuição do âmbito da lei; extensão do âmbito dos direitos e liberdades até entender-se que praticamente todas as questões estão impregnadas dos mesmos, levando a uma contaminação

[139] *Sobre el concepto de ley*. Madri: Trotta, 2000, p. 79 e ss.

do individualismo; tendência a colocar na Constituição a regulação de todas as matérias, sem deixar muito campo ao legislador; tendência à formação de um direito constitucional de princípios e valores, o que muda a forma de interpretação da Constituição, tornando-a mais complexa e difusa, com prejuízo para a certeza do direito.

Quanto ao controle judicial, o autor fala da *ampliação do conteúdo e efeitos das sentenças*, pelo surgimento da interpretação conforme à Constituição (sentenças interpretativas), da inconstitucionalidade por omissão (sentenças de mera inconstitucionalidade), sentenças que completam o conteúdo da lei (sentenças aditivas). Dentre estas últimas, poderíamos citar, no direito brasileiro, as sentenças proferidas em mandados de injunção, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

IV.II. A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Aquilo que denominamos de humanização do direito administrativo constitui um dos aspectos da constitucionalização. Foi visto, no item anterior, que a constitucionalização é um movimento de dupla mão: leva para a Constituição matérias infraconstitucionais e atribui a preceitos constitucionais efeitos que refletem em todo o sistema jurídico. Nesse sentido, a constitucionalização abrange:

a) a *valorização dos direitos fundamentais*, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana;
b) a *constitucionalização de princípios e valores*, com a ampliação da legalidade, a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial.

As duas hipóteses trazem como resultado a possibilidade de *aplicação direta de preceitos constitucionais pelo Judiciário*, sem a necessidade de lei. É o primeiro aspecto da valorização dos direitos fundamentais que englobamos na expressão "*humanização do direito administrativo*" e que equivale à ideia de centralidade da pessoa humana.

A influência é originariamente, mais uma vez, do direito alemão, seja pelo trabalho da jurisprudência do Tribunal Constitucional, seja pela inserção de dispositivos na Lei Fundamental de Bonn, que consagrou a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais do homem. Seu artigo 1º inicia com a proclamação dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

> 1. A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la é obrigação de todo poder público.
> 2. O povo alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
> 3. Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os poderes legislativo, executivo e judiciário.

A Constituição de 1988, logo no artigo 1º, incluiu a *dignidade da pessoa humana* entre os fundamentos da República Federativa do Brasil.[140] E também incluiu nos dois primeiros Títulos normas consagradoras dos *princípios fundamentais* do Estado Democrático de Direito e dos *direitos e garantias fundamentais*.

Nas palavras de José Afonso da Silvia,[141] *"a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida*".

Praticamente todos ou autores que tratam do tema apontam a dignidade como característica inerente a todo ser humano. De forma simples, clara e sintética, Regina Maria Macedo Nery Ferrari[142] afirma:

> Quando se fala em dignidade humana, se quer dizer a dignidade de todo e qualquer ser humano, individual e concreta, em qualquer circunstância e em qualquer fase de sua vida, independentemente de ser titular de direitos, de ter reconhecida sua personalidade, em termos jurídico-civis, porque mesmo antes de adquiri-la já existe um ser humano cuja dignidade merece proteção. O direito à dignidade humana independe da aquisição de personalidade jurídica.

Na realidade, é o que decorre do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948: "*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*". E no Preâmbulo da Declaração consta a expressão "*dignidade inerente a todos os membros da família humana*".

O fato é que a inclusão, na Constituição de 1988, do princípio da dignidade humana entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito levou à valorização dos direitos fundamentais, com a formação da ideia de *centralidade da pessoa humana,* que favoreceu o

[140] Com o título *Direito administrativo e dignidade da pessoa humana*, publicamos artigo na *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 52, p. 13-33.
[141] *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.
[142] *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 570.

que chamamos de *humanização do direito administrativo.* Como consequências: (i) parte da doutrina passou a rejeitar as prerrogativas da Administração Pública e a colocar em xeque o princípio da supremacia do interesse público; d) ocorreu a chamada a judicialização das políticas públicas, especialmente com relação aos direitos sociais.

Muito se tem escrito sobre o princípio da supremacia do interesse público,[143] seja com o intuito de bani-lo do mundo do direito, seja para reconstruí-lo. O que se alega é a inviabilidade de falar em supremacia do interesse público sobre o particular, diante da existência dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Prega-se a substituição do princípio da supremacia do interesse público pelo da supremacia dos direitos fundamentais.

Na realidade, é necessário não partir para extremos, seja pela negação da existência do princípio, seja para aceitá-lo sem quaisquer restrições prejudiciais aos direitos fundamentais.

Os que se opõem à aplicação do princípio da supremacia do interesse público partem de alguns equívocos: (a) dão a ele uma generalização que jamais existiu, pois é evidente a impossibilidade de, em qualquer situação de conflito entre o público e o privado, fazer prevalecer o primeiro; se assim fosse, realmente não haveria como garantir os direitos individuais; (b) esquecem que o direito administrativo abarca vários institutos que, pelo próprio ordenamento jurídico constitucional, colocam o interesse público em posição de superioridade diante do interesse individual, tal como ocorre com a desapropriação, o tombamento, a requisição, a função social da propriedade, dentre outros inerentes ao poder de polícia, à intervenção e à regulação; (c) também esquecem que o princípio do interesse público não prejudicou em nada a aplicação dos direitos individuais, bastando considerar que no Estado Social (cuja preocupação é com o bem comum, o interesse de todos), quando mais se desenvolveu a ideia da supremacia do interesse público, houve considerável ampliação do rol dos direitos individuais, que passaram a abranger os direitos de segunda e terceira gerações; (d) ainda esquecem que o princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os

[143] Sobre o assunto, várias obras têm sido produzidas, dentre elas: obra coletiva publicada sob o título de *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo* (Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010. Também a obra coletiva organizada por Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem. *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010; HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: descontruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Na dissertação de mestrado intitulada *Pontos de convergência entre as teses doutrinárias brasileiras quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*, de 2014, Murilo Ruiz Ferro faz um estudo comparativo das principais controvérsias verificadas na doutrina brasileiro a respeito desse princípio.

direitos fundamentais; pelo contrário, ele os protege, até porque a dignidade da pessoa humana deve ser levada em consideração não apenas quando se trata de garantir direitos individuais, mas também e principalmente quando se cogita da proteção do interesse coletivo ou geral; (e) finalmente, ignoram ou deixam de lado a principal característica do direito administrativo, desde a sua origem no direito francês: a presença do binômio *autoridade e liberdade;* para garantir *autoridade*, necessária para o exercício de funções administrativas essenciais, o ordenamento jurídico prevê institutos que, em determinadas situações, fazem prevalecer o interesse público sobre o particular; para garantir os direitos individuais, o direito administrativo agasalha uma série de restrições ao poder público, as quais, se não observadas, implicam a prática de atos ilegais, passíveis de correção pelos órgãos de controle.

É verdade que hoje há a preocupação em ressaltar a centralidade da pessoa humana e a relevância dos direitos fundamentais, dentre eles, em primeiro plano, a dignidade da pessoa humana.

Mas essa ideia convive na Constituição com inúmeros institutos fundados no princípio da supremacia do interesse público. Nem poderia ser diferente, já que a proteção dos interesses da coletividade – o seu bem comum – constitui o próprio fim do Estado. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado.

Em artigo sobre o *princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*,[144] demos um grande elenco de institutos presentes na Constituição, fundados no princípio da supremacia do interesse público, mesmo no capítulo dos direitos fundamentais do homem (que, aliás, inclui direitos e deveres *individuais* e *coletivos*). É o caso do princípio da *função social da propriedade*, previsto no artigo 5º, que serve de fundamento para desapropriações de caráter sancionatório (arts. 182 e 184) e que convive com os princípios da propriedade privada e da livre concorrência, inseridos entre os princípios que têm por fim "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170). É o caso da requisição de propriedade particular pela autoridade competente "no caso de perigo público iminente" (art. 5º, XXV), da proteção do sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII), do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e da ação popular (art. 5º, LXXIII). É o caso das ações coletivas para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). No próprio título da ordem econômica, coexiste a proteção do interesse econômico individual com

[144] In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 97.

a proteção do interesse público: de um lado, a previsão da propriedade privada, da livre concorrência, da livre iniciativa, do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte; de outro, a justiça social, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170). Confira-se ainda o capítulo da política urbana, onde se encontra a ideia de *função social da cidade e de bem-estar de seus habitantes* (art. 182). É o interesse público que se procura defender com a norma do artigo 192, quando se estabelece que o sistema financeiro nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade. Por sua vez, o título pertinente à ordem social começa com a regra de que o seu objetivo é o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). O artigo 225 coloca o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e o define como bem de uso comum do povo.

Enfim, são inúmeras as hipóteses em que o direito individual cede diante do interesse público. E isso não ocorre por decisão única da Administração Pública. Ocorre porque a Constituição o permite, a legislação o disciplina e o direito administrativo o aplica. A proteção do interesse público, mesmo que feita em detrimento do interesse particular, é possível porque o ordenamento jurídico o permite e outorga os instrumentos à Administração Pública.

Não se pode esquecer que não existe direito individual que possa ser exercido de forma ilimitada. Praticamente todos os direitos previstos na Constituição sofrem limitações que são impostas pelo ordenamento jurídico, precisamente para definir os seus contornos e impedir que o seu exercício se faça em prejuízo dos direitos dos demais cidadãos e da coletividade.

O princípio da supremacia do interesse público está na base de praticamente todas as funções do Estado e de todos os ramos do direito público. Está presente nos quatro tipos de *funções administrativas*: serviço público, fomento, polícia administrativa e intervenção.

Pode-se dizer que ele é inerente ao próprio conceito de *serviço público*; este é *público* porque é de titularidade do Estado, e é de titularidade do Estado porque atende a necessidades coletivas.

O princípio da supremacia do interesse público está também na base da atividade de *fomento*, pela qual o Estado subsidia, incentiva, ajuda a iniciativa privada, exatamente quando considera que o particular merece essa ajuda porque está atuando em benefício do interesse público, paralelamente ao Estado.

O interesse público constitui o próprio fundamento do poder de polícia do Estado e também da atividade de intervenção no domínio econômico; por meio deles, o Estado impõe restrições ao exercício de direitos individuais para beneficiar o interesse da coletividade. É o

que ocorre também em relação ao princípio da função social da propriedade, que justifica a imposição de restrições ao exercício do direito de propriedade em benefício do interesse público. Trata-se de restrições, muitas delas previstas na própria Constituição, e que sempre conviveram com os direitos fundamentais.

O princípio da razoabilidade (com as características da *necessidade*, *proporcionalidade* e *eficácia*) tem que ser aplicado para que haja equilíbrio entre o interesse público e os direitos individuais.

A defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Negar a existência desse princípio é negar o próprio papel do Estado.

Por isso se fala em princípio da razoabilidade. Isto não implica negar o princípio da supremacia do interesse público. Na realidade, a razoabilidade ou proporcionalidade (como preferem alguns), pressupõe a existência de um interesse público a ser protegido. A razoabilidade exige relação, proporção, adequação entre *meios* e *fins*. Quais fins? Os que dizem respeito ao interesse público.

Não se nega que o princípio da supremacia do interesse público foi (e talvez ainda seja) utilizado arbitrariamente, como se a invocação do mesmo fosse justificativa suficiente para a adoção de qualquer tipo de decisão administrativa. Hoje está consideravelmente alterada a aplicação e interpretação da ideia de interesse público e de outros conceitos jurídicos indeterminados, cabendo aos órgãos de controle a apreciação e correção nos casos em o princípio seja invocado de forma incorreta. Esse uso indevido não justifica o afastamento do princípio da supremacia do interesse público quando ele tenha fundamento no ordenamento jurídico.

O que constitui inovação por parte da doutrina e também da jurisprudência é o esforço no sentido de dar ao princípio da supremacia do interesse público o seu real significado, de modo a garantir o respeito aos direitos individuais. E também o realce dado à ideia de *centralidade da pessoa humana* – valorizada pelo princípio da *dignidade da pessoa humana*, previsto no artigo 1º, III, da Constituição – com o resultado, apontado por Carlos de Cabo Martín,[145] de estender-se o âmbito dos direitos e liberdades até entender-se que praticamente todas as questões estão impregnadas dos mesmos.

A consequência foi a extensão do controle judicial sobre atos da Administração que interfiram com os direitos fundamentais, especialmente com os direitos sociais, levando à

[145] *Sobre el concepto de ley*. Madri: Trotta, 2000.

chamada judicialização das políticas públicas. Os argumentos que têm servido de inspiração para as decisões judiciais que reconhecem o direito dos autores ao recebimento de medicação, tratamento médico, vaga em escolas, dentre outros, são, sem dúvida, originários do direito alemão, com sua ideia de que os direitos fundamentais têm aplicação direta pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, independentemente da existência de previsão legal. Com isso, as normas constitucionais asseguradoras dos direitos sociais perderam a natureza de normas programáticas. Infelizmente, o uso abusivo no exercício desses direitos e a falta de cautela do Poder Judiciário na outorga de liminares têm provocado resultados danosos para os cofres públicos e para o interesse da coletividade não alcançada por essas decisões tomadas nos casos concretos.

IV.III. PRIVATIZAÇÃO: A CHAMADA FUGA PARA O DIREITO PRIVADO

Fala-se atualmente em *fuga do direito público* ou *fuga para o direito privado*, designando-se, com isso, a utilização, pela Administração Pública, de institutos do direito privado. Dentro dessa tendência, fala-se em *consensualismo*, com o intuito de substituir os atos unilaterais, imperativos, por acordos em que se reduzem as prerrogativas autoritárias da Administração Pública; fala-se em crescimento das parcerias com entidades privadas, como concessionárias e permissionárias e com entidades do terceiro setor; fala-se em substituição dos servidores públicos pelos empregados terceirizados; fala-se em redução das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos; fala-se em introdução de princípios da ordem econômica (como liberdade de iniciativa e livre concorrência) com relação a atividades tradicionalmente consideradas como serviços públicos; fala-se em privatização de empresas estatais e em liberalização de serviços públicos (em movimento contrário ao da *publicatio*).

Trata-se de tendência que não tem como concretizar-se com a extensão que se possa pretender, tendo em vista que o direito privado, quando utilizado pela Administração Pública, é sempre derrogado parcialmente por normas de direito público, muitas delas com fundamento constitucional.

A expressão "*fuga para o direito privado*" é utilizada como título de livro da autora portuguesa, Maria João Estorninho.[146] Mas logo na introdução do livro, ela observa, em nota de rodapé, que a expressão deve-se a Fritz Fleiner, tendo sido utilizada no livro "*Institutionen*

[146] *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 23-26 e 35-46.

des Deutschen Verwaltungsrechts", 8. ed., Ed. Mohr, Tübingen, 1928, p. 326. Verifica-se, portanto, que a expressão não é nova e reforça a ideia de que o direito administrativo nunca se afastou inteiramente do direito privado.

Maria João Estorninho trata do tema de forma original. Ela começa falando da *teoria da bifurcação da personalidade do Estado*, elaborada com o propósito de abrandar a teoria da irresponsabilidade do Estado, que vigorava no período das monarquias absolutas. O Estado teria dupla responsabilidade: a) o Estado, poder político, dotado de soberania, que pratica atos de império, com todas as prerrogativas próprias de autoridade, não sujeitos à lei nem ao controle judicial; em relação a esses atos continuava a aplicar-se a teoria da irresponsabilidade do Estado por danos causados aos administrados; b) o Fisco, que atua como os particulares na gestão de seu patrimônio; como tal, sujeita-se ao *direito civil* (*jus civile*) e ao controle judicial, respondendo pelos danos causados aos administrados.

Fazendo um paralelo com o famoso livro *O Médico e o Monstro*, Maria João Estorninho diz que o Estado com dupla personalidade é esquizofrênico e tem duas caras: uma cara boa (o Médico), que se sujeita à lei, e uma cara má (o Monstro) insuscetível de sujeição à lei e ao controle judicial. A autora esclarece ter sido com a elaboração da teoria da bifurcação da personalidade do Estado que este passou a submeter-se à lei; mas como não havia ainda o direito público, a submissão se dava às normas do direito civil. A utilização do direito civil, nessa fase, veio como uma *cara boa*, porque foi uma forma de proteger os direitos do cidadão diante dos poderes estatais.

Depois a autora realça a tendência mais recente de *fuga para o direito privado*, não como *cara boa*, mas como *cara má*, porque a procura do direito civil se dá agora com má intenção: a de fugir ao regime jurídico da Administração Pública.

Isto ocorre porque, na comunidade europeia, especialmente no direito alemão, há o entendimento, por grande parte da doutrina, de que, quando a Administração Pública se socorre do direito privado, ela atua sem as prerrogativas que lhe são próprias e sem submeter-se a determinadas restrições, como o princípio da legalidade, o princípio do interesse público e a vinculação aos direitos fundamentais.[147]

No direito brasileiro o estudo de institutos de direito privado utilizados pela Administração não é muito recente, o que demonstra que a utilização do regime jurídico administrativo nunca impediu que o direito privado fosse também aplicado, seja na atuação interna da Administração Pública, seja em suas relações com os particulares. Em minha tese de

[147] A esse propósito, v. doutrina citada por Maria João Estorninho na ob. cit, p. 167-240.

livre-docência – *Da aplicação do direito privado no direito administrativo* - defendida em 1988 e publicada no ano seguinte,[148] tratei do assunto e o retomei com a publicação de obra coletiva intitulada *Direito privado administrativo,*[149] no qual escrevi a introdução com o título de *aplicação do direito privado pela Administração Pública*. As duas obras analisam inúmeros institutos do direito privado utilizados pela Administração Pública, sempre com o objetivo de demonstrar que o direito privado sempre é derrogado, em maior ou menor grau, por normas de direito público.

Mais recentemente, cresceu o interesse pelo tema como resultado da tendência que se nota, atualmente, com relação a inúmeros institutos tradicionais do direito administrativo, de caminhar no sentido de uma privatização, entendida em sentido amplo, de modo abranger todos os instrumentos de que o poder público vem se utilizando com o objetivo de reduzir a atuação estatal e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de iniciativa e de competição e os modos privados de gestão das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado. A privatização atinge o próprio regime jurídico a que se submete a Administração Pública. Daí o uso da expressão fuga do direito público ou fuga para o direito privado.

No entanto, a fuga do direito administrativo não pode e nunca será total. Em primeiro lugar, porque os próprios instrumentos utilizados pela Administração Pública para transferir a gestão de serviços públicos aos particulares são regidos pelo direito administrativo, como ocorre com os contratos de concessão, os contratos de gestão, os convênios, os termos de parceria, tendo de sujeitar-se aos controles da Administração Pública, inclusive do Tribunal de Contas. Em segundo lugar, porque o regime jurídico a que se submete o particular que exerce atividade estatal é híbrido: se é verdade que a entidade atua sob o regime do direito privado, não é menos verdade que são de direito público as normas sobre os bens utilizados na prestação dos serviços públicos, sobre responsabilidade civil perante os usuários, sobre os princípios aplicáveis à prestação do serviço público, sobre os poderes exercidos pelo poder público, sobre as prerrogativas públicas outorgadas ao particular. No caso das atividades sujeitas a regulação por agências reguladoras, as normas postas pelas mesmas compõem um direito administrativo de natureza talvez um pouco diversa (pela origem do órgão de que emanam) e que imprimem menos segurança jurídica (porque não sujeitas a qualquer processo de elaboração normativa, seja para sua formulação, seja para sua alteração e revogação) e com a desvantagem de serem

[148] *Do direito privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.
[149] São Paulo: Atlas, 2013, p. 1-20.

baixadas sem a observância do princípio democrático presente no processo previsto constitucionalmente para o Poder Legislativo.

Na realidade, a Administração Pública nunca deixou de aplicar o direito privado em inúmeras hipóteses. No direito brasileiro, por exemplo, ela celebra contratos de direito privado, cria empresas sujeitas ao regime das empresas privadas, contrata servidores sob regime da CLT, faz parcerias com entidades privadas, como as concessionárias e permissionárias de serviços públicos, as concessionárias responsáveis pela exploração de bens públicos (como petróleo), e também com entidades do terceiro setor.

Por isso mesmo, muitos autores, desde longa data, falam na existência de um direito *administrativo em sentido amplo*, que abrange o regime jurídico de direito público e o direito privado a que se submete a Administração Pública; e em *direito administrativo em sentido estrito*, correspondente a um regime jurídico de direito público, derrogatório e exorbitante do direito comum, com restrições e prerrogativas destinadas a, de um lado, garantir a autoridade do poder público e, de outro, respeitar os direitos dos cidadãos.

Por mais que se idealize a fuga do direito administrativo, ela nunca poderá ser integral, porque, mesmo quando se socorre de institutos do direito privado, tais normas são parcialmente derrogadas pelo direito público.

Na realidade, pode-se afirmar que essa fuga provoca o crescimento do chamado *direito privado administrativo*, que constitui parte integrante do direito administrativo considerado em seu sentido amplo: este abrange tanto as normas de direito público que compõem o regime jurídico a que se submete a Administração Pública (o *direito público administrativo* ou direito administrativo em sentido restrito), como as normas de direito privado, aplicadas com derrogações em maior ou menor grau, por normas de direito público (o *direito privado administrativo*).

A *fuga para o direito privado* que ocorre no direito brasileiro assemelha-se à que ocorre no âmbito da União Europeia no que diz respeito à *intenção*, que é a de fugir às "amarras" do regime jurídico administrativo; mas afasta-se daquele modelo quando defende que a utilização do direito privado libera a Administração Público das prerrogativas e sujeições próprias do regime jurídico administrativo. O próprio direito positivo, inclusive a Constituição, contém normas que se aplicam independentemente de ser de direito público ou de direito privado o instituto utilizado; é o caso dos princípios referidos no artigo 37 da Constituição, da exigência de licitação, das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos (aplicadas, em grande parte, aos contratos de direito privado). Existe, no direito brasileiro, forte tendência à

publicização dos institutos de direito privado utilizados pela Administração Pública. Basta verificar as normas da Lei nº 13.303/2016, que estabeleceu o estatuto jurídico das empresas estatais; e a Lei nº 13.019/2014, sobre parcerias com o terceiro setor: em ambas é muito grande a derrogação do direito privado, embora essas leis tratem de pessoas jurídicas de direito privado. Também na jurisprudência há tendência publicizadora, especialmente com relação às entidades da administração indireta (fundações públicas e empresas estatais).

A título de conclusão, neste item, é preciso realçar que o direito administrativo enfrenta duas tendências opostas: de um lado, a chamada *fuga para o direito privado* e, de outro, a *constitucionalização*. Essas duas tendências colocam o direito administrativo entre o direito público e o direito privado.

IV.IV. DEMOCRATIZAÇÃO

O modelo do Estado Democrático de Direito, adotado no Brasil a partir da Constituição de 1988, trouxe consigo a previsão de inúmeros instrumentos de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, bem como no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa –, como também pela previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXXIII)[150], o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), sem falar em inúmeras normas contidas na legislação ordinária prevendo também essa participação, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo (com a previsão, principalmente, de audiências e consultas públicas).

A ideia é reforçada com a introdução do § 3º no artigo 37 da Constituição pela Emenda Constitucional 19/98, que prevê lei que discipline as formas de participação do usuário na Administração direta e indireta.[151]

Dentre os principais instrumentos da chamada democratização da Administração Pública incluem-se a *participação* do cidadão e da sociedade civil na gestão e no controle da Administração Pública, a *processualização* do direito administrativo e a *transparência*.

[150] O direito à informação está hoje disciplinado pela Lei nº 12.527, de 18.11.11 (conhecida como Lei de Acesso à Informação).
[151] Esse dispositivo constitucional também foi disciplinado, embora parcialmente, pela Lei nº 12.527/11.

É possível que todos esses instrumentos de democratização decorram de um objetivo último: o de preservar a legalidade e moralizar a Administração Pública.

No direito brasileiro, especialmente depois da entrada em vigor da Constituição de 1988, vem crescendo a aspiração de combate à corrupção e à improbidade administrativa. Isto talvez ocorra pela inclusão do princípio da moralidade no *caput* do artigo 37 e previsão das consequências da prática de atos de improbidade no § 4º do mesmo dispositivo.

Uma sucessão de leis foi sendo promulgada com o objetivo de dar concretude a esses dispositivos: a) a chamada lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2.6.92), definindo os atos de improbidade (lesão ao erário, enriquecimento ilícito e afronta a princípios da Administração) e prevendo as sanções cabíveis; b) a lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 8.666, de 21.6.93), contendo capítulos específicos sobre infrações administrativas e ilícitos criminais, com indicação das penalidades cabíveis, além de normas sobre participação do cidadão no controle da legalidade do procedimento licitatório, com possibilidade de impugnar o instrumento convocatório e de apresentar denúncias perante o Tribunal de Contas (art. 113, par. 1º) e o Ministério Público (art. 101); c) lei da ficha limpa (Lei complementar nº 135, de 4.6.10), com exigências específicas para os candidatos a exercício de mandato político; a lei anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º.8.10), prevendo a responsabilidade objetiva, nas esferas administrativa e judicial, das pessoas jurídicas que causam dano ao Estado, e definindo as respectivas sanções.

Talvez essa luta pela moralização seja o móvel (ou o fundamento) para outras tendências do direito administrativo, como o incremento da participação popular no controle e na gestão da Administração Pública, bem como a exigência de motivação e de transparência.[152]

Intimamente relacionada com a ideia de participação, fala-se na "*processualização*" do direito administrativo, especialmente com a exigência constitucional do devido processo legal, que exige, entre outras coisas, a observância de formalidades essenciais à proteção dos direitos individuais, como a ampla defesa, o contraditório, o direito de recorrer. São fundamentais, nesse sentido, dentre outros, o artigo 5º, LIV, da Constituição, pelo qual "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*"; e o artigo 5º, LV, em cujos termos

[152] Com o título de *Participação popular na Administração Pública*, publicamos artigo na *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 1, p. 127-139, republicado no v. 59, p. 226-239. Sobre o assunto, v. também Fabiana Cristina Severi, *Participação popular em órgãos da Administração Pública*: perspectivas e desafios à luz dos debates sobre as características gerais e a efetividade das instituições participativas brasileiras. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, e outros. *Direito e Administração Pública*: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 173-187; e PEREZ, Marcos Augusto, *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

"*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

Essa processualização ganhou força com a publicação de leis sobre processo administrativo. Na esfera federal, a Lei nº 9.784, de 29.1.99, veio preencher uma lacuna legislativa, ao estabelecer normas básicas sobre o processo administrativo, visando à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Além de dar aplicação aos princípios elencados no artigo 2º (e, nesse aspecto, a lei é de âmbito nacional, já que trata de efetividade a princípios constitucionais), a lei contém normas essenciais sobre todas as fases do processo, sobre anulação, revogação, convalidação, recursos, prazos, sendo de aplicação subsidiária a todos os processos administrativos regidos por legislação específica.

A processualização é fundamental para garantir o exercício de direitos individuais e coletivos perante o poder público, bem como garantir o controle de legalidade da atuação da Administração Pública.

Ainda é essencial à democratização o *princípio da transparência*. A Constituição e a legislação infraconstitucional não fazem referência à transparência como princípio da Administração Pública. Mas ela resulta implicitamente de várias normas constitucionais, como as que asseguram a publicidade, restringem o sigilo, garantem o direito à informação, dentre outros.

Pode ser entendida, em sentido amplo, como um princípio que abrange, ainda que implicitamente, todos os dispositivos legais e constitucionais que têm por objetivo garantir a visibilidade da atuação do poder público. Esta deve ser visível, aberta, sem mistérios ou segredos.

Para alguns, a transparência tem sentido amplo e abrange publicidade, motivação, participação, devido processo legal, direito à informação, direito à obtenção de certidão, direito de acesso ao processo.

Wallace Paiva Martins Júnior, que defendeu sua tese de doutorado sobre o tema da transparência administrativa[153] afirma que esse princípio "*é inerência do princípio democrático (princípio fundamental estruturante) e, à míngua de clara e precisa denominação normativo-constitucional, resulta como o valor impresso e o fim expresso pelos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular, como princípios constitucionais especiais ou subprincípios que a concretizam, uma vez que todos (isolada ou cumulativamente) apontam*

[153] *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2. ed. 2010, p. 34-35. O autor retoma o tema em capítulo específico sobre o tema, *in* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coordenação), *Tratado de Direito Administrativo*, vol. 1, Parte II, capitulo 7, p. 419-478.

para a visibilidade da atuação administrativa e inspiram a produção de regras como o direito de petição, o direito de certidão e o direito à informação, tidos como mecanismos constitucionais essenciais no controle jurisdicional da transparência, legalidade, moralidade e probidade na gestão da coisa pública".

Um pouco além,[154] o autor sintetiza os fins objetivados com a transparência: "*a preservação da visibilidade e do caráter público da gestão dos negócios públicos e a atribuição de legitimidade material à Administração Pública (além de juridicização, ética, conhecimento público, crítica, validade ou eficácia jurídica, defesa dos administrados e respeito aos seus direitos fundamentais, controle e fiscalização, convencimento, consenso, adesão, bom funcionamento, previsibilidade, segurança jurídica), sendo instrumental de suas finalidades os subprincípios da publicidade, motivação e participação popular*".

Em resumo, a transparência garante a visibilidade das ações do governo, permite a fiscalização pelo cidadão, garante o direito de defesa e o contraditório, facilita o controle pelos poderes instituídos.

Como subprincípio, a *publicidade* está prevista no artigo 37, *caput*, da Constituição. Vários incisos do artigo 5º constituem aplicação desse princípio constitucional: o inciso LX, segundo o qual a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; o inciso XIV, que assegura a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; o inciso XXXIII, que garante o direito de acesso à informação para defesa do interesse particular ou do interesse coletivo ou geral, com ressalva para aquela cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; o inciso XXXIV, que garante o direito à obtenção de certidão, independentemente do pagamento de taxa; o inciso LXXII, que assegura o direito à informação relativa à pessoa, garantido pelo *habeas data*.

A *motivação*, que também constitui subprincípio da transparência, não tem previsão expressa na Constituição (a não ser para as decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público, conforme artigos 93, inciso X, e 129, § 4º, da Constituição), decorre implicitamente do princípio da publicidade (artigo 37, *caput*) e da exigência de controle dos atos da Administração Pública. Está prevista expressamente na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 29.1.99), que a prevê como *princípio* no art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso VII, além de indicar algumas das hipóteses em que é cabível (art. 50).

[154] Ob. cit., p. 53.

A exigência de motivação, como requisito de validade dos atos administrativos, é amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência.

V. CONCLUSÃO

O objetivo deste texto foi o de sintetizar, com poucas palavras, as transformações do direito administrativo brasileiro, utilizando quatro expressões: recorrer a fórmulas sintéticas:

a) a *constitucionalização*, seja pela elevação ao nível constitucional de inúmeras matérias próprias da legislação ordinária, seja pela irradiação dos efeitos de princípios e valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, com consequências sensíveis em matéria de interpretação da Constituição;

b) *humanização*, pela defesa da centralidade da pessoa humana, a exigir razoabilidade (necessidade, adequação e proporcionalidade) entre as restrições aos direitos individuais e a proteção do interesse público;

c) *privatização* ou *fuga para o direito privado*, pela busca de instrumentos próprios do direito privado, como consenso e contratualização (em detrimento dos atos unilaterais, imperativos e autoexecutórios), substituição de pessoal estatutário por terceirizados, gestão de serviços públicos pela iniciativa privada, parcerias com o terceiro setor;

d) *democratização*, pelos instrumentos da participação, processualização, motivação, transparência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menez*es* de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo, 2013 (tese).

_____. *Teoria do contrato administrativo*. *Uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro.* São Paulo: 2010 (tese).

_____. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *500 anos de direito administrativo brasileiro.* In: Cadernos de Direito e Cidadania II. São Paulo: Artchip Editora, 2000; também in *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2012, p. 121-148.

_____. *Do direito privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. *Inovações do direito administrativo*. In: Revista Interesse Público, Porto Alegre: Notadez, ano VI, 2005, nº 30, p. 39-55.

_____. *Participação popular na Administração Pública.* In*: Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 1, p. 127-139; republicado no v. 59, p. 226-239.

_____. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9 ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo.* In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-102.

_____. *Direito privado administrativo* (organização). São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. In: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 52, p. 13-33.

_____. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado:* contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. *A constitucionalização do direito administrativo*. In: DI

PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 261-277.

FERRARI, Regina Maria Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRO, Murilo Ruiz. *Pontos de convergência entre as teses doutrinárias brasileiras quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. São Paulo: 2014 (dissertação de mestrado).

HACHEM, Daniel Wunder, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARTÍN, Carlos de Cabo. *Sobre El concepto de ley*. Madri: Trotta, 2000.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2010.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administrativo*. 13 ed.Paris: LGDJ, 2013.

_____As mutações do Direito Administrativo francês. In: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 12, n. 50, out./dez. 2012, p. 51-65.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SEVERI, Fabiana Cristina Severi. *Participação popular em órgãos da Administração Pública*: perspectivas e desafios à luz dos debates sobre as características gerais e a efetividade das instituições participativas brasileiras. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, e outros. *Direito e Administração Pública*: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, São Paulo: Atlas, 2013, p. 173-187.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2007.