

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Objeto e conceito do direito administrativo: revisão crítica

Object and concept of administrative law: a critic review

Carlos Bastide Horbach

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

Sumário

I. INTRODUÇÃO.....	I
THE DATASPHERE AND THE LAW: NEW SPACE, NEW TERRITORIES	III
Jean-Sylvestre Bergé e Stéphane Grumbach	
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO E MUNDO DIGITAL.....	22
A. CRIPTOMOEDAS E TECNOLOGIA BLOCKCHAIN	23
PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA CRIPTOGRAFIA FORTE: DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E REGULAÇÃO.....	25
Jacqueline de Souza Abreu	
TRATAMENTO JURÍDICO DAS CRIPTOMOEDAS: A DINÂMICA DOS BITCOINS E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	44
Mariana Dionísio de Andrade	
TERRITÓRIO DAS CRIPTOMOEDAS: LIMITES À REGULAMENTAÇÃO ESTATAL QUANTO À CIRCULAÇÃO DE MOEDAS NO CIBERESPAÇO E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS	61
Ranidson Gleyck Amâncio Souza	
CRIPTOMOEDAS E COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA	80
Guilherme Broto Follador	
BITCOIN E A (IM)POSSIBILIDADE DE SUA PROIBIÇÃO: UMA VIOLAÇÃO À SOBERANIA DO ESTADO?.....	106
Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Felipe Rangel da Silva	
BLOCKCHAIN E AGENDA 2030.....	122
Danielle Mendes Thame Denny, Roberto Ferreira Paulo e Douglas de Castro	
A RECONSTRUÇÃO DA JURISDIÇÃO PELO ESPAÇO DIGITAL: REDES SOCIAIS, BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS COMO PROPULSORES DA MUDANÇA.....	143
Maria Edelvacy Pinto Marinho e Gustavo Ferreira Ribeiro	
B. PROTEÇÃO DE DADOS E PROVEDORES DE INTERNET	158
O TEMPO E O ESPAÇO. FRAGMENTOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET: PARADIGMAS DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	160
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Marilene Araujo	

O PROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (PL 5276/2016) NO MUNDO DO BIG DATA: O FENÔMENO DA DATAVEILLANCE EM RELAÇÃO À UTILIZAÇÃO DE METADADOS E SEU IMPACTO NOS DIREITOS HUMANOS.....	185
Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Moraes e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
DIGNIDADE HUMANA NA WEBESFERA GOVERNAMENTAL BRASILEIRA.....	200
Luciana Cristina Souza	
CIBERESPAÇO E CONTEÚDO OFENSIVO GERADO POR TERCEIROS: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	217
Cristiano Colombo e Eugênio Facchini Neto	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS AUTÔNOMOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOTAS INICIAIS SOBRE A RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU	239
Thatiane Cristina Fontão Pires	
Rafael Peteffi da Silva	
SHARENTING, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE DE CRIANÇAS NO AMBIENTE DIGITAL: O PAPEL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO.....	256
Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin	
THE DICHOTOMY BETWEEN SMART METERING AND THE PROTECTION OF CONSUMER’S PERSONAL DATA IN BRAZILIAN LAW.....	275
Lucas Noura Guimarães	
O CYBERBULLYING E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	295
Janile Lima Viana, Cinthia Meneses Maia e Paulo Germano Barrozo de Albuquerque	
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: EXERCÍCIO DE DIREITO VERSUS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	314
Carlo José Napolitano e Tatiana Stroppa	
ANÁLISE COMPARADA DE ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO A “REVENGE PORN” PELO MUNDO	334
Natália Neris, Juliana Pacetta Ruiz e Mariana Giorgetti Valente	
USO INDEVIDO DE REDES SOCIAIS E APLICATIVOS DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS NO AMBIENTE LABORAL.....	349
Eloy Pereira Lemos Junior, Edmar Warlisson de Souza Alves e César Augusto de Castro Fiuza	

C. DIREITO AO ESQUECIMENTO	366
ENSAIO SOBRE A PROMESSA JURÍDICA DO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO PODER SIMBÓLICO DE BOURDIEU	368
Joana Machado e Sergio Negri	
UMA AGENDA PARA O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL.....	384
Bruno de Lima Acioli e Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior	
NÃO ADIANTA NEM TENTAR ESQUECER: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	412
José Augusto Fontoura Costa e Geraldo Miniuci	
A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS AGENTES DELITIVOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO	437
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
DIREITO AO ESQUECIMENTO: NA SOCIEDADE INFORMACIONAL HÁ ESPAÇO PARA O EPÍLOGO DA MÁQUINA DE TORTURA KAFKIANA?	454
Alexandre Antonio Bruno da Silva e Marlea Nobre da Costa Maciel	
ESQUECIMENTO, INTERNET E “PREFERÊNCIA” DA INFORMAÇÃO: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA DOCTRINA DOS PREFERRED RIGHTS DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA AO CASO BRASILEIRO	484
Maria Vital da Rocha, Isaac Rodrigues Cunha e Karin de Fátima Rodrigues Oliveira	
D. PROPRIEDADE INTELECTUAL	510
DIREITOS AUTORAIS E MÚSICA: TECNOLOGIA, DIREITO E REGULAÇÃO	512
Marcia Carla Pereira Ribeiro, Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Rubia Carneiro Neves	
DIREITO AUTORAL NA CIBERCULTURA: UMA ANÁLISE DO ACESSO AOS BENS IMATERIAIS A PARTIR DAS LICENÇAS CREATIVE COMMONS 4.0.....	539
Gabriela Maia Rebouças e Fernanda Oliveira Santos	
E. POLÍTICAS PÚBLICAS E NOVAS TECNOLOGIAS.....	559
SALTO DIGITAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OPORTUNIDADES E DESAFIOS.....	561
Marcelo D. Varella, Clarice G. Oliveira e Frederico Moesch	
FOSTERING E-GOVERNMENT IN BRAZIL: A CASE STUDY OF DIGITAL CERTIFICATION ADOPTION.	585
Lamartine Vieira Braga	
DEMOCRATIZAÇÃO NA ERA DIGITAL: DESAFIOS PARA UM DIÁLOGO CONSCIENTE E IGUALITÁRIO .	602
Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Laura Nathalie Hernandez Rivera	

REDES SOCIAIS E CROWDSOURCING CONSTITUCIONAL: A INFLUÊNCIA DA CIBERDEMOCRACIA SOBRE A GÊNESE E A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	618
Igor Ajouz	
MARCO CIVIL DA INTERNET E POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA: UMA ANÁLISE DA E-DEMOCRACIA E DO COMPLIANCE PÚBLICO	634
Juliana Costa Zaganelli e Wallace Vieira de Miranda	
POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS DE COMPUTAÇÃO EM NUVEM: ANÁLISE DOCUMENTAL DOS RELATÓRIOS DO GLOBAL CLOUD COMPUTING SCORECARD	648
Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando Machado de Medeiros	
O USO MONOPOLISTA DO BIG DATA POR EMPRESAS DE APLICATIVOS: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM CIDADES INTELIGENTES EM UM CENÁRIO DE ECONOMIA CRIATIVA E DE LIVRE CONCORRÊNCIA.....	672
José Antonio Remedio e Marcelo Rodrigues da Silva	
1. Introdução	673
2. A urbanização das cidades e a sociedade em rede: economia criativa, colaborativa e compartilhada como formas de concretização de funções sociais da cidade.....	674
4. Concorrência e Big Data Business relevantes às Smart Cities: estudo de caso envolvendo a aquisição do Waze pelo Google	686
5. Considerações finais	689
Referências.....	690
III. OUTROS TEMAS	694
COMO SALVAR O SISTEMA DE REPERCUSSÃO GERAL: TRANSPARÊNCIA, EFICIÊNCIA E REALISMO NA ESCOLHA DO QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VAI JULGAR.....	696
Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego	
PRECARIEDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO BASE TEMÁTICA PARA A PROIBIÇÃO OU LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	715
Lilian Rose Lemos Rocha e José Eduardo Cardozo	
A TERCEIRA MARGEM DO CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO: UMA CRÍTICA A FRANK MICHELMAN.....	732
Daniel Barcelos Vargas	
MEDIDA PROVISÓRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: RELEVÂNCIA, URGÊNCIA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA.....	749
Clarice G. Oliveira e José Levi Mello do Amaral Júnior	

OBJETO E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: REVISÃO CRÍTICA.....	765
Carlos Bastide Horbach	
AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VERSUS AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO: UMA VISÃO DICOTÔMICA DE UM FENÔMENO SINGULAR	782
Aparecida de Moura Andrade e Héctor Valverde Santana	
LOS AVATARES DEL INTERÉS DEFINIDO EN TÉRMINOS DE PODER EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	800
Louis Valentin Mballa	
CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL NA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS JULGAMENTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO	819
Fernando Leal e Daniela Gueiros Dias	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO	845
Fabricio Veiga Costa, Ivan Dias da Motta e Dalvaney Aparecida de Araújo	

Objeto e conceito do direito administrativo: revisão crítica*

Object and concept of administrative law: a critic review

Carlos Bastide Horbach**

RESUMO

O presente trabalho busca identificar o objeto do direito administrativo, levando em consideração a evolução histórica da disciplina e as peculiaridades dos sistemas jurídicos — romano-germânico e anglo-saxão —, para construir um conceito que indique, claramente, a essência desse ramo da ciência jurídica. Essa tarefa torna-se necessária ante a natureza cambiante dessa matéria jurídica, cujas normas necessitam de constante atualização para atender as necessidades da administração pública.

Palavras-chave: Direito administrativo. Objeto. Conceito. Estado de direito.

ABSTRACT

this paper intends to identify the object of administrative law, considering its historical evolution and the peculiarities of the legal systems – civil law and common law. It also intends to formulate a concept of administrative law which reflects the core of the subject. This task is necessary due to the ever-changing nature of this legal subject, whose norms need constant revision to face the urgencies of the public administration.

Keywords: Administrative law. Object. Concept. Rule of law.

1. INTRODUÇÃO

“A simples existência de um direito administrativo revela a ocorrência de um tipo de milagre”.¹ Esse “milagre” a que se referem Weil e Pouyaud num dos textos clássicos da doutrina administrativista francesa decorre, exatamente, de haver o direito administrativo vencido inúmeras adversidades desde sua origem, há pouco mais de duzentos anos. Sendo um ramo relativamente recente da ciência do direito, sofreu, ao longo desses poucos anos, uma evolução muitíssimo rápida, com alterações significativas em seu objeto, cuja caracterização acaba por influir em sua adequada conceituação. E “a compreensão desse fenômeno é essencial a quem quer conhecer essa

* Artigo convidado

** Professor Doutor de Direito Constitucional na Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado. Email: carlos.horbach@usp.br

1 WEIL, Prosper; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*. 24. ed. Paris: PUF, 2013. p. 3.

disciplina e compreender seus mais fundamentais problemas”.²

Modernamente, há um descolamento entre os conceitos clássicos e a realidade normatizada pelo direito administrativo, o que leva a uma revisão da própria autonomia da disciplina, cujos contornos normativos e teóricos não raro restam indefinidos, com constantes interseções com outros ramos mais recentes do direito.

Cabe, assim, ao administrativista um constante esforço conceitual. Afinal, como registrado por Puigpelat, “a história do direito administrativo é a história da busca por seu conceito”.³ Trata-se, portanto, de um tema clássico e ao mesmo tempo atual.⁴

Nessa tarefa, é necessário assumir como premissa inicial o fato de que o direito administrativo, como um ramo autônomo da ciência do direito, tem um objeto de normatização peculiar, que não se confunde com o das demais disciplinas jurídicas. Esse objeto singular de incidência constitui um dos traços mais importantes para a compreensão do que seja o direito administrativo, o que torna sua caracterização tarefa fundamental para a elaboração de um conceito adequado, que seja capaz de sintetizar, de modo objetivo e preciso, sua natureza e de evidenciar sua importância para o Estado democrático de direito.

Desse modo, o presente estudo, no contexto de constante tensão conceitual da disciplina tem como meta a explicitação do objeto do direito administrativo, para que se possa, em seguida, passar à tarefa complexa de fixação de um conceito para esse ramo do direito moderno. Ou seja, o objeto material deste artigo é o direito administrativo enquanto disciplina, o direito administrativo em perspectiva ontológica. Busca-se identificar, em última análise, o que é o direito administrativo, qual sua essência.

Essa análise ontológica, porém, será pautada pela investigação de dois aspectos específicos, previamente delimitados, quais sejam, seu objeto e seu conceito. Tais dimensões da normatividade administrativa, porém, não são estáticas, tendo evoluído no tempo e apresentando variações no espaço, o que impõe ao estudo um esforço de resgate dos referenciais primitivos do direito administrativo, bem como de investigação de sua conformação para além do sistema romano-germânico, em que desenvolvida a matriz francesa de normas administrativas vivenciada no Brasil.

Assim, será inicialmente estudado o objeto do direito administrativo (item 2), separando-se a compreensão desse objeto no direito continental (item 2.1) e no sistema anglo-saxônico (item 2.2), para, em seguida, passar-se à tarefa de conceituação do direito administrativo (item 3), seja numa perspectiva restritiva (item 3.1), seja numa análise ampliativa (item 3.2).

2. OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O objeto de um determinado ramo do Direito é, exatamente, o conjunto de fenômenos regulado por suas normas. Ou, dito em outras palavras, os fatos sobre os quais incidem suas normas, dando-lhes tratamento jurídico diferenciado.

Essa compreensão desde logo leva à conclusão — válida para todos os ramos da Ciência do Direito — de que existe uma relação necessária entre o que se entende por objeto de uma disciplina e o conceito dessa mesma disciplina e que, sempre que se promove uma alteração substancial no objeto, haverá uma consequente alteração no conceito.

2 WEIL, Prosper ; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*. 24. ed. Paris: PUF, 2013. p. 6.

3 PUIGPELAT, Oriol Mir. El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública*, n. 162, p. 47, sep./dic. 2003.

4 Ainda que alguns autores considerem a busca pelo conceito de direito administrativo uma tarefa despida de utilidade prática cf. PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. v. 1. p. 81.

Os fatos da vida regulados pelo ordenamento jurídico, por sua vez, são extremamente dinâmicos, o que faz com que o objeto do Direito esteja sempre em mutação, num eterno evoluir que provoca a alteração das normas sobre ele incidente. Isso faz com que o objeto de uma disciplina varie no tempo.

Por outro lado, as necessidades são se apresentam homogeneamente nas diferentes comunidades, o que faz com que bens juridicamente relevantes numa dada sociedade sejam desconsiderados como tal em outra. Já que as realidades normatizadas são distintas, distintas devem ser as normas e, logicamente, seu objeto.

Aplicando-se essas simples reflexões ao objeto do direito administrativo, é correto afirmar que seu objeto tem variado no tempo e varia igualmente no espaço. Em outras palavras, o âmbito de incidência do direito administrativo hoje é bastante diverso daquele que se verificava no início do século XX, por exemplo. E, também, o que hoje é tido como sendo área de disciplina do direito administrativo brasileiro pode não ter a mesma importância no direito administrativo norte-americano, por exemplo.

Assim, serão a seguir expostas as concepções que se formaram ao longo do tempo acerca da abrangência do direito administrativo, bem como será exposta — ainda que brevemente — a diferença de objeto que se verifica entre o direito administrativo romano-germânico, dos países da Europa continental, e aquele que existe nos países de *common law*.

2.1. Evolução do objeto do direito administrativo continental

O direito administrativo, surgindo no contexto do individualismo liberal e do Estado de direito, tem sua natureza ligada, exatamente, à delimitação jurídica dos meios e fins da atividade da Administração Pública, buscando garantir a esfera de liberdade dos administrados. Esse é seu objeto inicial e fundamental

Tal concepção liberal fazia com que a estrutura do Estado, bem como de seus poderes e órgãos, estivesse construída em função do homem, individualmente considerado; e mais, de um homem especial, que agia racionalmente, que não tinha condicionamentos temporais ou locais; de um homem não suscetível a pressões econômicas, que agia, única e exclusivamente, com base na Razão: o cidadão, cuja definição mais precisa é aquela apresentada por Georges Burdeau.⁵

O cidadão era o indivíduo plenamente titular de direitos, gozando de todas as garantias possíveis contra qualquer invasão que o Estado pudesse perpetrar na sua órbita de autonomia. Os direitos e o Direito eram pensados tendo como parâmetro esse cidadão, esse “santo laico” que encarnava o ideal de indivíduo do liberalismo clássico. Em razão dessa concepção toda, a sociedade foi repensada e reestruturada, passando a intervir no Estado por meio do sistema representativo

Buscando pôr em prática seu ideal liberal e garantir o Estado de direito, também, na esfera da Administração Pública, as revoluções, trazendo consigo o mencionado individualismo, introduziram no sistema administrativo elementos novos, que, de forma resumida, podem assim ser destacados, como sendo os objetos do direito administrativo:

a) formação de um conjunto sistemático de preceitos obrigatórios para autoridades administrativas de todos os níveis, muitos dos quais limitativos do poder; b) reconhecimento de direitos de particulares ante a Administração, com previsão de remédios jurisdicionais; d) quanto à ciência, elaboração doutrinária abrangente de todos os aspectos legais da atividade administrativa; e e) elaboração jurisprudencial vinculativa para

5 BURDEAU, Georges. *La democracia*. Ensayo sintético. Barcelona: Ariel, 1960. p. 30-31: “El pueblo cuyo advenimiento consagra la Revolución es un pueblo de ciudadanos. Pero el ciudadano no es el individuo en su integridad con su egoísmo, sus apetitos, su ceguera intelectual frente a los intereses permanentes de la colectividad. Es el hombre iluminado por la razón, desembarazado de prejuicios de clase y de los cuidados inherentes a la condición económica, capaz de opinar sobre la cosa pública haciendo abstracción de sus preferencias personales. En suma, es una especie de santo laico al que se otorga la cualidad de miembro del poder soberano, precisamente porque su desinterés es una garantía del prudente uso que hará de su soberanía”.

a Administração e norteadora da construção de novos institutos jurídicos.⁶

Tais novidades tinham como objetivo primeiro a delimitação clara dos poderes da Administração, delimitação essa que nada mais era do que outra garantia do indivíduo, traumatizado com as arbitrariedades do sistema administrativo do Estado de polícia.⁷

Entretanto, muito pouca coisa mudou no funcionamento da Administração, considerando-se sua democratização, com o advento do direito administrativo. Numa visão global das modificações introduzidas, por exemplo, pela Revolução Francesa na Administração Pública, constata-se, somente, uma pequena contribuição à democratização do funcionamento da estrutura administrativa, concretizada nos princípios que impõem a igualdade de acesso aos cargos públicos e a prestação de contas, contidas, respectivamente, nos artigos VI e XV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Isso ocorreu porque o direito administrativo é, na verdade, o resultado jurídico da conformação dos instrumentos de administração oriundos do Antigo Regime aos modelos e princípios gerais de caráter político e filosófico introduzidos pelas revoluções, como registra Odete Medauar.⁸ Nas palavras de Otto Mayer, “é no Estado de Polícia que se vê o nascimento de formações jurídicas que preparam o Direito pós-revolução”.⁹

Isso fica mais do que claro com a leitura de Tocqueville, em *O Antigo Regime e a Revolução*, o qual demonstra que institutos considerados como grandes conquistas revolucionárias, tais como a concentração administrativa, a jurisdição administrativa e a estabilidade do funcionário público, já estavam presentes na administração do Estado de polícia, tendo ganho com o novo regime somente uma nova orientação de princípios.¹⁰

Além disso, dentro da concepção jurídica do jusracionalismo liberal, a caracterização dos interesses juridicamente relevantes era monotemática. No esquema liberal de Estado de direito, somente um tipo de interesse tinha relevância jurídica: aquele que consistia, exatamente, na defesa do próprio círculo individualizado de atuação pessoal. A pedra angular da concepção liberal, no dizer de Sánchez Morón, era o interesse individual, material e concreto, que deveria ser a todo o custo protegido das desnecessárias e perniciosas intervenções do poder estatal.¹¹

A função da administração e, em consequência, o objeto do direito administrativo diziam com a delimitação do exercício dos direitos individuais, coibindo abusos e gerando as condições mínimas de convivência social, nas quais os indivíduos poderiam construir livremente suas vidas. Tratava-se de um objeto de conteúdo negativo, não intervencionista e que gerava um espectro limitado para o direito administrativo.

Se essa foi a realidade do período posterior às revoluções liberais, período que se estende ao longo do século XIX, o século XX caracteriza-se por grandes mudanças nas concepções acerca do Estado, da sociedade, dos indivíduos e, também, do objeto do direito administrativo. Essas mudanças, é verdade, iniciam-se já no século XIX, sendo que se poderia estabelecer como datas marcantes dessa alteração da realidade os anos de 1848, com a publicação do *Manifesto Comunista*, de Marx e Engles, e de 1875, com a fundação do primeiro partido de massas do mundo, o Partido Social Democrata Alemão.

6 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 19.

7 A última fase do Estado absolutista é associada à exacerbação da função administrativa, no que se conhece como o Estado de polícia, no qual o poder estatal se fazia presente na vida dos indivíduos por meio de burocratas, os quais, por representarem o príncipe diante dos súditos, exerciam na totalidade de suas funções um poder ilimitado. O Estado de polícia é caracterizado por dois pontos fundamentais: o aumento considerável das atividades administrativas e a intromissão constante e não controlada da Administração na vida dos particulares. Nesse sentido: MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 50. É importante registrar que a expressão “Estado de Polícia” (*Polizeistaat*) é aqui utilizada no sentido que lhe empresta a doutrina alemã, como o citado Otto Mayer, e não deve, portanto, ser confundida com a expressão “*État Gendarme*” (Estado Policial), com a qual parte da doutrina, mormente francesa, denomina o Estado liberal pós-revolucionário.

8 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 18.

9 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 47.

10 TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: UnB, 1997. p. 77 e ss.

11 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980. p. 113.

As ideologias, os partidos de massa, os conflitos sociais, enfim, a realidade que explode no início do século XX, mormente no período entre guerras, transforma a estrutura do Estado, da política e, conseqüentemente, é refletida na Administração. A noção de cidadão, crucial para a realidade liberal, perde importância, sendo substituída pela de “povo real”, que, no dizer de Burdeau, forma uma sociedade em que todos os antagonismos de classes, de interesses e crenças se enfrentam, multiplicados pelo jogo da luta nas avenidas do poder. A democracia concebida como o regime da razão, manifestada por meio da representação, converte-se numa prova de força.¹²

A sociedade, que antes desprezava qualquer intervenção do Estado, passa a depender do direito para controlar os conflitos que lhe são, agora, característicos. A intervenção do Estado com o fim de regular juridicamente e controlar as formas espontâneas da vida social tem objetivos diversos, que podem ser assistenciais, distributivos ou, ainda, classificados como mecanismos de ajuste e compensação dos “riscos sociais”, aqueles que são típicos da sociedade moderna e que escapam de qualquer modelo tradicional de previsão ou antecipação (e.g. uma grande crise financeira, solucionável somente ante a intervenção estatal), como anota Manoel Calvo Garcia.¹³

O ordenamento que surge dessa faceta intervencionista que adquire o Estado é um direito “administrativizado”. Ou, como bem resume Caio Tácito, essa nova ordem constitucional “vai desembocar, em suma, em uma revisão e ampliação dos institutos de direito administrativos, na medida em que a administração representa o braço operante do Estado intervencionista”.¹⁴ O intervencionismo estatal gera, portanto, um aumento do objeto do direito administrativo.

Trata-se de um novo direito, composto, fundamentalmente, por “normas reguladoras” do social, isto é, normas que buscam configurar, teleologicamente, a realidade social de acordo com determinados interesses, e por “normas de organização”, que atribuem competências e instituem procedimentos. Ocorre a legalização das relações sociais e a translação da lógica do sistema político ao sistema jurídico, como resultado da utilização do direito com o fim de “engenharia social”.¹⁵ Tal translação faz com que a ambigüidade de fins, típica do sistema político, invada o âmbito do direito, quebrando a homogeneidade dos interesses juridicamente relevantes.

Assim, as normas criadas sob a égide do Estado liberal não mais são capazes de conformar a sociedade dividida em classes sociais antagônicas, que buscam os seus objetivos, os seus interesses. O consenso material que informava o arcabouço institucional do liberalismo é destruído pela luta de classes, sendo substituído por um consenso meramente formal, resultante de regras claras e comuns que regulam o jogo de poder no campo da política.

Os interesses juridicamente relevantes transformam-se, deixando de ser exclusivamente individuais e passando para o campo social, o que fica bem claro com a constitucionalização dos direitos sociais, inicialmente realizada pela Constituição mexicana de 1917 e concretizada pela Constituição de Weimar, de 1919.

Com o advento do Estado social, a identidade entre o interesse individual e a categoria dos interesses juridicamente relevantes é quebrada, não mais se pode falar nessa relação, uma vez que a pluralidade dos grupos sociais, agora refletida também na política, indica a existência de outros tipos de interesses patentes na sociedade que devem ser respaldados pelo direito.

Surgem o interesse difuso e o interesse coletivo. O interesse difuso é o interesse juridicamente reconhecido de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos que, potencialmente, podem ser todos os indivíduos que integram a comunidade geral de referência, a sociedade. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um, ou, melhor dito, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à

12 BURDEAU, Georges. *La democracia*. Ensayo sintético. Barcelona: Ariel, 1960. p. 47.

13 CALVO GARCÍA, Manoel. *Los fundamentos del método jurídico*. Madrid: Technos, 1996. p. 262.

14 TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 166, p. 42, out./dez. 1986.

15 CALVO GARCÍA, Manoel. *Los fundamentos del método jurídico*. Madrid: Technos, 1996. p. 267.

pluralidade de sujeitos a que se refere a norma instituidora dos direitos pertencentes a tal pluralidade.

Essa nova concepção de interesse juridicamente relevante, que igualmente reflete uma nova concepção democrática, levou a uma alteração profunda em diversos ramos do direito, que, pouco a pouco, se foram adaptando de modo a permitir uma certa compatibilidade entre as instituições existentes e os novos interesses tutelados. No processo, por exemplo, a concepção tradicional do litígio, oriunda da visão liberal de direito e de interesse, não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos e coletivos. O processo era visto, apenas, como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. O direito processual moderno buscou as formas necessárias para uma efetiva defesa desses interesses por meio das mais diversas soluções, tais como as ações governamentais, a ideia de um procurador-geral privado ou a técnica dos advogados particulares do interesse público, legitimados para a propositura de ações em nome de grupos e na defesa dos interesses difusos ou coletivos.¹⁶

Os outros ramos do direito igualmente buscaram uma adaptação à nova realidade, não sendo diferente com o direito administrativo, que sofreu com os direitos difusos e coletivos mais uma alteração de seu objeto, como ensina Odete Medauar.¹⁷

Numa primeira análise, poder-se-ia acreditar que a questão dos interesses difusos e coletivos fica restrita ao direito constitucional, uma vez que representa o “enquadramento jurídico dos fenômenos políticos”, na mais que célebre concepção de Andre Hauriou; sendo a política o ambiente propício e natural da defesa primeira desses novos interesses. Entretanto, hoje, estão na Constituição as bases do direito administrativo, sendo que Fritz Werner chegou a afirmar que o direito administrativo é o constitucional concretizado. Ernst Forsthoff defendeu, por sua vez, em 1950, que os problemas constitucionais convertiam-se, cada vez mais, em problemas de administração, falando, inclusive, da substituição do Estado legislativo pelo Estado administrativo, uma vez que um olhar rápido para a realidade do Estado social bastava para demonstrar o papel preponderante da Administração.¹⁸

O direito administrativo, originalmente concebido para uma sociedade onde o interesse público era oriundo da razão iluminista, confronta-se, desse modo, com uma pluralidade de interesses juridicamente relevantes, com a heterogeneidade dos interesses públicos. Essa expressão, “heterogeneidade dos interesses públicos”, cunhada por Massimo Severo Giannini, deixa transparecer o fato de que não existe mais um único interesse público, mas, sim, uma pluralidade de interesses públicos, entendidos como finalidades concretas que os órgãos e entes públicos devem realizar, sendo que num ordenamento de base pluralista há tantos interesses públicos quanto comunidades existentes no âmbito de sua aplicação.¹⁹

Essa nova realidade, por outro lado, desvela certa crise do modelo estatal oriundo do liberalismo clássico, que atinge o direito administrativo, com uma revisão necessária de seu objeto. Objeto este que se apresenta de início limitado à regulação de determinados órgãos estatais e à garantia da ordem liberal; que adquire posteriormente um viés prestacional, assumindo maiores e mais complexos serviços públicos; e que incorpora mais recentemente a defesa de interesses difusos e coletivos, projetando uma nova face para a administração pública.

Se em linhas teóricas gerais, é possível indicar a evolução do objeto do direito administrativo nos termos

16 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. p. 49.

17 MEDAUAR, Odete. Direitos difusos referidos diretamente à Administração Pública. *Filosofia Política – Nova série*, v. 1, p. 166-174, 1997.

18 FORSTHOFF, Ernst. *Lo stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 173.

19 ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*. Coimbra: Almedida, 1989. p. 36-38.

acima apresentados, é igualmente necessária uma aproximação mais didática, que permita uma compreensão mais específica do que seja o conteúdo das normas de um ordenamento administrativo.

Segundo Italia, Landi e Potenza, o objeto do direito administrativo — que representa também os seus limites — pode ser dividido em dois aspectos, quais sejam, o substancial e o processual.

O objeto substancial do direito administrativo diz com suas fontes e com os sujeitos, bens, atos e relações vinculados à função de administração pública, que será adiante estudada com profundidade. Esse objeto substancial tem sido estudado, ao longo da História do direito administrativo, por meio de dois métodos principais: *a)* descritivo, típico dos primeiros administrativistas, que busca o exame isolado de cada um dos ramos da administração pública e de cada uma das leis que veiculam matéria administrativa; e *b)* sistemático, iniciado com a doutrina germânica e depois difundido na Europa continental, que busca organizar os institutos do direito administrativo, tradicionalmente desconexos, num sistema racional de conceitos gerais, segundo critérios puramente jurídicos.²⁰

Em verdade, esses métodos, na atualidade, são complementares, gerando o tratamento sistemático o que se pode denominar de objeto geral — ou parte geral — do direito administrativo, enquanto a análise descritiva continua válida para os diferentes objetos específicos — ou parte especial — desse mesmo direito administrativo, como se pode depreender da lição de Guido Zanobini.²¹

Por outro lado, com a última fase de desenvolvimento do objeto do direito administrativo, na qual têm relevo os direitos difusos, ganhou importância sua dimensão processual. O objeto processual abrange os meios de funcionamento da administração pública, a dinâmica que envolve os sujeitos, bens, atos e relações estudados sob a ótica substancial; dinâmica esta na qual devem ser assegurados os meios de defesa dos direitos e dos interesses dos indivíduos e da coletividade como um todo. Como destacam Italia, Landi e Potenza, “esta matéria pressupõe conceitos elaborados na parte geral do direito administrativo, constituindo-se como sua integração e coordenação lógica”.²²

Enfim, é possível sintetizar o objeto do direito administrativo nos seguintes termos, seguindo as palavras de Odete Medauar, reunindo aspectos substanciais e processuais:

Vasto é o rol de matérias disciplinadas pelo direito administrativo. Fixa preceitos sobre a organização administrativa, como, por exemplo: divisão em órgãos, vínculo entre órgãos, distribuição de competências entre órgãos, administração direta, administração indireta, etc. Trata dos poderes conferidos às autoridades administrativas. Cuida dos meios pelos quais a Administração toma decisões, entre os quais os atos, os contratos, o processo administrativo. Disciplina os direitos e deveres dos servidores públicos. Estabelece normas para: a gestão dos bens públicos; a execução de atividades relevantes para a população, os serviços públicos; a restrição ao exercício de direitos dos particulares, o chamado poder de polícia; a reparação de danos causados a particulares por ação ou omissão. Interessam, ainda, ao direito administrativo, os modos e meios pelos quais a Administração é controlada, por si própria e por outros poderes e instituições.²³

Essas características, porém, são próprias dos ordenamentos que seguiram a matriz originária do direito administrativo francês, seja de modo direto — como é o caso da Itália, da Espanha, de Portugal e também do Brasil — ou indireto — como a Alemanha —, não se verificando, porém, na realidade anglo-saxônica, naquilo que os juristas do *common law* chamam de *administrative law*.

20 ITALIA, Vittorio; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 12.

21 ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1. p. 54.

22 ITALIA, Vittorio; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 13.

23 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 33-34.

2.2. O objeto do *administrative law* anglo-saxônico

Como acentuado em outra oportunidade²⁴, os ordenamentos de *common law* não apresentam um direito administrativo nos moldes continentais, nem passaram os países anglo-saxônicos pelas fases evolutivas do objeto dessa disciplina jurídica tal como acima explicitado. De fato, o que se convencionou chamar recentemente de *administrative law* na Inglaterra e nos Estados Unidos, por exemplo, em muito difere do que se conhece no sistema romano-germânico como direito administrativo.

Entretanto, apesar dessas diferenças, é importante enunciar o objeto desse *administrative law*, seja por ilustração, seja em razão da importância que alguns institutos oriundos dessa experiência têm adquirido no Direito brasileiro, como é o caso das agências.

Jean Rivero assinala que o objeto do direito administrativo nos países de *common law* é, consideravelmente, mais reduzido do que aquele dos países que seguem o modelo francês, ainda que englobe matérias estranhas ao direito administrativo continental. Essa limitação do objeto se dá porque o funcionamento da estrutura administrativa do Estado está muito mais ligada ao campo da Ciência Política e ao campo da Ciência da Administração do que ao Direito, fazendo com que, por exemplo, tudo o que diga respeito à organização administrativa seja alheio ao *administrative law*, que estaria limitado às relações externas dos órgãos administrativos, a suas relações com o público. Além disso, seguindo a ideia básica do *rule of law*, os órgãos e agentes administrativos são disciplinados por normas de direito comum, as mesmas que regem as instituições particulares, não havendo, pois, um ordenamento especial. Por fim, a tradição do autogoverno, do *local government*, na cultura anglo-saxônica impediu a consolidação de regras comuns de funcionamento da Administração Pública, inibindo a abrangência do direito administrativo.²⁵

Estudando especificamente o sistema norte-americano, Edward Allan Farnsworth reforça o caráter externo do *administrative law*, já mencionado por Rivero:

O direito administrativo se preocupa com os poderes e procedimentos dos órgãos do governo [...], que afetem os interesses privados por meio da edição de normas e atos. O campo é relativamente novo e ainda está em estágio de rápido desenvolvimento. Ele é altamente procedimental em sua ênfase e não inclui o direito substantivo criado pelas agências administrativas. Este ramo do direito lida principalmente, ainda que não de forma exclusiva, com o cumprimento, pelos agentes públicos, de funções relacionadas a edição de normas administrativas gerais (*rule-making*) e com a solução de conflitos envolvendo administrados (*adjudication*), focando, também, o controle dos administradores pelas cortes judiciais.²⁶

Assim, o objeto do direito administrativo no sistema do *common law* é bastante diverso daquela observado pelo jurista romano-germânico, contendo, basicamente, normas procedimentais e que tutelam o administrado ante o poder público, reconhecendo, por exemplo, os *administrative tribunals* ingleses e as *quasi-judicial authorities* norte-americanas.

Entretanto, mesmo conscientes da diversidade de modelos, não se pode deixar de verificar que os sistemas romano-germânico e anglo-americano de direito administrativo estão, como defende Marco D'Alberty, num processo de convergência, diminuindo em muito os traços que, tradicionalmente, os separam, o que pode resultar num aumento significativo do objeto do *administrative law*.²⁷

Definidos os objetos do direito administrativo, é possível a investigação de seu conceito, o que será compreendido no item seguinte, de modo a determinar-se um enunciado que seja compatível com a moderna realidade normatizada por esse importante ramo da Ciência Jurídica.

24 HORBACH, Carlos Bastide. O direito administrativo no sistema de Common Law. *Fórum administrativo*, Direito Público, v. 9, n. 101, p. 20-30, jul. 2009.

25 RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 39-40.

26 FARNSWORTH, E. Allan. *Introduction to the legal system of the United States*. New York: Oceana, 1994. p. 134-135.

27 D'ALBERTI, Marco. *Diritto amministrativo comparato*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 17.

3. CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Diferentes são as perspectivas a partir das quais é possível conceituar o direito administrativo, dando-se ênfase a determinados elementos de seu objeto ou mesmo tentando reduzir esse objeto a algum referencial específico, no que se convencionou chamar de “critério de direito administrativo”.

O estudo a seguir efetuado seguirá, por razões didáticas, uma distinção reconhecida na obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, agrupando os conceitos de direito administrativo em dois grandes grupos: o dos conceitos restritivos — ou limitativos — e o dos conceitos ampliativos. O primeiro grupo busca identificar um elemento fundamental que caracterizaria, por si só, o direito administrativo, traduzindo-se em seu critério de autonomia científica; enquanto o segundo grupo busca um conceito a partir dos fenômenos disciplinados por esse ramo da ciência do direito.²⁸

3.1. Perspectiva Restritiva

Como acima indicado, sob essa denominação de conceitos restritivos, serão analisadas conceituações do direito administrativo que tentaram reduzir, ou restringir, seu objeto a um determinado elemento, que lhe sendo exclusivo garantiria sua autonomia científica.

Esses conceitos são típicos dos primeiros administrativistas, que necessitavam de um critério claro que diferenciasse o direito administrativo dos demais ramos do direito, em especial do direito constitucional e do direito civil, dos quais retirava a nascente disciplina seus principais institutos. Basta lembrar, como reforço a esse dado, a frase de Cormenin, afirmando que o direito administrativo tocava, de um lado, o direito civil e, de outro, o direito político.²⁹

Assim, é possível afirmar que os conceitos restritivos são tentativas de demonstrar, de forma cabal, por meio de um critério diferenciador, que o direito administrativo é um ramo jurídico autônomo, com um objeto que não se confunde com o das demais disciplinas já existentes.

Como exemplos dessa perspectiva restritiva, podem ser arrolados os conceitos fundados em três distintos critérios, integrantes das chamadas escolas legalista, italiana e do serviço público.

3.1.1. Escola Legalista

Trata-se da conceituação típica dos primeiros administrativistas franceses, o que faz com que essa escola, também, seja chamada de “escola francesa”. Ela se fundamenta numa tentativa de transpor, para o direito público, os postulados da famosa Escola da Exegese, que transformou o estudo do direito francês, ao longo do século XIX, num simples exame dos textos legais, num movimento que está fortemente ligado às grandes codificações.³⁰

O conceito legalista de direito administrativo, portanto, é baseado na lei, nas normas que concretamente regem o funcionamento da administração pública. Direito administrativo, para os legalistas, é o conjunto das normas administrativas de um país, cuja exegese seria o objeto da nova disciplina.

Tal conceito, porém, apresenta um vício lógico, uma vez que utiliza, na sua enunciação, o elemento que tenta conceituar. Saber o que são normas administrativas requer, antes, uma compreensão do que seja o próprio direito administrativo, no qual estão inseridas essas normas. Normas administrativas, como afirma Dio-

28 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 43.

29 Conforme citação de GUGLIELMI, Gilles. *Vus par ses pères fondateurs, Le Droit Administratif*. CHEVALLIER, Jacques. (Coord.). *Le droit administratif en mutation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. p. 45.

30 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do direito, São Paulo: Ícone, 1995. p. 78.

go de Figueiredo Moreira Neto, são um elemento a ser esclarecido, que se inclui no objeto a ser definido.³¹

Além disso, há uma natural dificuldade de transposição das ideias da Escola da Exegese para o direito administrativo. Isto porque esta disciplina não apresentava — como ainda não apresenta em muitos países, como o Brasil, por exemplo — um código, uma legislação sistematizada que propiciasse sua exegese em padrões semelhantes aos empregados pelos juristas no direito civil. Ao contrário, o direito administrativo francês se mostrou, desde cedo, um ordenamento casuístico, baseado na elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado e tendo o juiz como protagonista de seu desenvolvimento.

Essa realidade era contrária aos dogmas da Escola da Exegese, entre os quais Julien Bonnacase inclui o culto ao texto da lei e o predomínio da intenção do legislador na interpretação da lei.³² Ora, se o direito administrativo se afirma como disciplina autônoma por meio da construção pretoriana da jurisdição administrativa, o culto ao texto da lei fica radicalmente prejudicado, uma vez que são os precedentes jurisprudenciais que contêm as orientações normativas a serem observadas. Em consequência, sendo os precedentes a principal fonte do direito, não há falar aqui em intenção do legislador.

Por fim, há, ainda, a crítica natural à vinculação estrita entre lei e direito, vinculação essa amplamente repudiada pela moderna doutrina. O direito não se resume ao disposto na lei, mas compreende um sistema muito mais extenso, que abrange princípios e é dotado de uma lógica própria, a qual contribui para o pleno conhecimento de uma disciplina jurídica.

Essa crítica pode ser resumida nas palavras de Orlando, no seu *Princípios de direito administrativo*, mencionadas por Mário Masagão: “o Direito precede à lei, e as ciências jurídicas são sistemas de princípios de direito e não somente comentários de legislação positiva”.³³

Conceitos restritivos podem ser encontrados nas obras dos autores considerados os pais do direito administrativo francês, Gerando, Macarel e Cormenin, e também nos primeiros autores brasileiros, como o Conselheiro Ribas e o Visconde do Uruguai.

3.1.2. Escola Italiana

Já os autores italianos, que desenvolveram seus estudos com base na experiência inicial dos administrativistas franceses, buscaram outro elemento fundamental para a conceituação do direito administrativo, qual seja, o Poder Executivo.

Com base na divisão funcional dos poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário — e pressupondo que cada uma das funções exercidas pelos órgãos desses poderes fosse regida por uma determinada disciplina jurídica, os juristas da Escola Italiana elaboraram o seguinte conceito: direito administrativo é o estudo dos atos do Poder Executivo; ou ainda, é o ramo da Ciência do Direito que regula a organização, as funções e o procedimento do Poder Executivo.

A crítica a esse conceito segue duas linhas de argumentação. Primeiramente, nem todos os atos do Poder Executivo são de natureza administrativa; posteriormente, existem atos típicos de administração editados por órgãos estranhos ao Poder Executivo.

O Poder Executivo edita, por exemplo, atos que têm natureza política — em matéria governamental — ou mesmo atos de natureza legislativa, como as medidas provisórias.³⁴ Tais atos, ao contrário do que se poderia concluir com base no conceito da Escola Italiana, não são regulados pelo direito administrativo, mas sim pelo direito constitucional.

31 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 44.

32 BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Editorial José Cajica Jr., 1944. p. 139.

33 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 2.

34 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *A medida provisória e sua conversão em lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 122.

É verdade que alguns autores, como Guido Zanobini, pretendem integrar ao âmbito das atividades administrativas o exercício de funções governamentais, tipicamente políticas, o que afastaria parte da crítica feita ao conceito da Escola Italiana. Desta forma, o direito administrativo seria, de fato, o responsável pela disciplina de todas as atividades do Poder Executivo.³⁵

Entretanto, é amplamente difundida — e aceita — a tradicional distinção entre administração e governo, que será objeto de estudo no capítulo relativo à administração pública. Não encontra guarida, pois, essa expansão exacerbada da abrangência da administração, sendo válida a crítica comumente feita ao conceito da Escola Italiana.

Por outro lado, o Legislativo e o Judiciário, também, desempenham atividades tipicamente administrativas. Como registra Mário Masagão,

a administração não se exerce por um só dos ramos clássicos do poder público, mas pelos três. Administra em larga escala o poder legislativo, pois dele dependem a criação e a organização do serviço público, bem como a sua disciplina geral. E até os órgãos do poder judiciário, além de sua função específica que é jurisdicional, exercem acidentalmente funções que são administrativas³⁶.

Os tribunais e as casas legislativas nomeiam servidores, promovem licitações, celebram contratos administrativos, entre muitas outras atividades claramente administrativas, o que evidencia que a aplicação do direito administrativo não está limitada aos confines do Poder Executivo, negando-se mais uma vez o conceito da Escola Italiana.

3.1.3. Escola do Serviço Público

Igualmente, buscando uma conceituação com base em um elemento singular, seu critério de autonomia, desenvolveu-se na França, em especial após a decisão do Tribunal de Conflitos no *arrêt Blanco* (1873) — que será mais bem estudada nos capítulos sobre serviço público e responsabilidade do Estado — e a obra de Leon Duguit, no início do século XX, uma escola jurídica que vinculava a atividade estatal como um todo e, em particular, o direito administrativo à noção de serviço público.

Leon Duguit, considerado o fundador da chamada Escola do Serviço Público ou Escola de Bordeaux, atrelava toda a normatividade do Estado à categoria dos serviços público. Para ele, o princípio sintetizador do direito público moderno é aquele que determina ser o exercício do poder voltado à organização dos serviços públicos, assegurando e realizando seu funcionamento.³⁷

O serviço público, assim, antes de ser um referencial para o direito administrativo, é a chave para a compreensão de toda uma teoria do Estado, na qual se inserem as atividades de administração pública. Serviço público, para Duguit, “é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da autoridade governante”.³⁸

Gaston Jèze, um dos principais seguidores de Duguit, foi o responsável pelo aprimoramento da construção jurídica da teoria do serviço público e pela vinculação dessa noção ao conceito de direito administrativo. Afirmava ele que “o serviço público é, hoje [1916], a pedra de toque do direito administrativo”.³⁹ O direito administrativo seria, pois, a normatização dos serviços públicos.

No Brasil, essa escola foi seguida, entre outros autores, por Themístocles Brandão Cavalcanti, para quem “o direito administrativo é o conjunto de princípios e normas jurídicas que presidem a organização e funcio-

35 ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1. p. 13.

36 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 2-3.

37 DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid: Francisco Beltran, 1917. p. 47.

38 DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005. p. 64 e ss.

39 JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 16.

namento dos serviços públicos”.⁴⁰

A primeira objeção que se pode fazer a esse conceito é a própria indeterminação do que seja serviço público. Desde a ampla conceituação de Duguit, que vem sofrendo reduções ao longo dos anos, existe uma enorme polêmica entre os administrativistas acerca do conteúdo do serviço público — como será adiante estudado. Partindo-se do serviço público como a base da moderna Teoria do Estado, essa noção é fundamento não só do direito administrativo, mas também de todo o direito positivo, que retira do poder estatal sua validade. Por outro lado, se se parte de uma concepção mais restritiva de serviço público, muitas das atividades não-prestacionais da Administração Pública estariam fora do conceito de direito administrativo.

Essa é, em certos termos, a crítica feita por Mário Masagão, que considera o critério do serviço público “demasiado estreito”. Seja porque o direito administrativo não apenas dele cuida, mas também porque nem somente o direito administrativo regula os serviços públicos. Não há, portanto, uma identidade necessária entre o objeto do direito administrativo e a noção de serviço público.⁴¹

3.2. Perspectiva Ampliativa

Como anteriormente anotado, os autores que adotam conceitos ampliativos não têm como objetivo limitar o campo de estudo do direito administrativo a um critério singular, mas somente situam o estudioso no ambiente onde ocorrem os fenômenos típicos desta disciplina.

Assim, há autores, como Guido Zanolini, que atrelam o conceito de direito administrativo à disciplina da administração pública; ou seja, todas as relações jurídicas formadas no desenvolvimento dessa atividade estatal são regidas pelo direito administrativo.⁴²

Esta é também a linha adotada, no Direito alemão, por Hartmut Maurer, para quem o direito administrativo é expresso pelas normas jurídicas (escritas ou não), que têm validade para a administração, suas atividades, seu procedimento e sua organização. O direito administrativo “é o direito próprio da administração”.⁴³

Mais numa vez — tal como ocorre em relação ao serviço público — a imprecisão do referencial utilizado na conceituação a torna insuficiente. A simples menção à administração — ainda que com detalhamentos, como faz Maurer — não basta para elucidar, de pronto, o conteúdo do direito administrativo.

Outros, como Marcel Waline, Paul Duez e Marcello Caetano, adotam critérios teleológicos. O direito administrativo seria, assim, o responsável pela normatização do interesse geral, do bem comum, das necessidades públicas. Mais uma vez, na linha do defendido por Mário Masagão, “o critério é inaceitável, porque os objetos que ele indica são os de todos os ramos do direito público, e não constituem matéria peculiar do direito administrativo”.⁴⁴ É possível afirmar, complementando essa constatação de Masagão, que o ordenamento jurídico como um todo busca a paz social e, mediatamente portanto, o interesse público.

Outros conceitos ampliativos buscam enunciar, de forma negativa ou positiva, quais são os objetos do direito administrativo, para daí retirar uma conceituação.

Nesse quadro situa-se a célebre definição de Otto Mayer, o fundador do direito administrativo germânico, que, em 1895, inaugurando uma concepção até hoje difundida na Alemanha — como se pode comprovar na frase de Maurer acima transcrita —, afirma ser o direito administrativo a disciplina jurídica própria da administração, a qual “deve ser toda atividade do Estado que não é legislação, nem justiça”.⁴⁵ Assim, é

40 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1977. p. 21.

41 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 4.

42 ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1. p. 22.

43 MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 11. ed. München: C. H. Beck, 1997. p. 35.

44 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 5.

45 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 10-22.

possível concluir que **o direito administrativo é o ramo que regula as atividades estatais que não sejam legislativas ou judiciais**, num conceito por exclusão e que permite, como reconhece o próprio Otto Mayer, um tratamento móvel e variável.⁴⁶

Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera que

esse conceito estende o direito administrativo às atividades de corpos administrativos e de tribunais judiciais, quando não estejam, rigorosamente, legislando ou julgando conflitos de interesses, bem como as atividades-meio de órgãos constitucionalmente autônomos.⁴⁷

O conceito de Otto Mayer, ainda que correto e amplamente aceito na doutrina, tem o inconveniente de remeter a outras disciplinas a conceituação do direito administrativo. Isto porque somente sabendo o que é legislação — matéria própria do direito constitucional — e o que é jurisdição — questão posta no âmbito do direito processual — é que se poderá determinar os contornos da administração e, assim, concluir qual é a natureza do direito que lhe é próprio, o direito administrativo.

Por outro lado, essa conceituação é posta em xeque por doutrinas que negam as diferenças materiais entre a jurisdição e a administração. Exemplo dessa concepção, como demonstra Odete Medauar, é a obra de Carré de Malberg, “para quem, do ponto de vista material a jurisdição não é essencialmente diferente da administração; e sob esse aspecto é possível distinguir somente duas funções estatais: legislar e executar”.⁴⁸

Outros autores procuram enunciar, em seus conceitos, os objetos comumente estudados sob a rubrica do direito administrativo. Assim, para Ruy Cirne Lima, por exemplo, o direito administrativo é

“o ramo do Direito Positivo que, específica e privativamente, rege a administração pública como forma de atividade; define as pessoas administrativas e a organização e os agentes do Poder Executivo, regulando, enfim, seus direitos e obrigações, suas relações internas e com os particulares, por ocasião do desempenho daquela atividade”.⁴⁹

Conceito semelhante é o de Maurice Hauriou, segundo o qual

o direito administrativo é o ramo do direito público que regula: 1º a organização das entidades da administração pública e das diversas pessoas administrativas nas quais ela está encarnada; 2º os poderes e os direitos que possuem essas pessoas administrativas para acionar os serviços públicos; 3º o exercício desses poderes e desses direitos pela prerrogativa, especialmente pelo procedimento de atuação de ofício, e as conseqüências contenciosas que se seguem.⁵⁰

Essa conceituação, como reconhece o próprio Hauriou, é baseada numa concepção subjetiva, que leva em consideração, principalmente, a personalidade jurídica da administração e a autoridade pública (*puissance publique*) que lhe é inerente. Além disso, tal como posto, o conceito ressalta, inicialmente, a especialidade do direito administrativo, ou seja, “um corpo jurídico alimentado por uma matéria especial” separado do direito comum; bem como dá ênfase às relações em que são atores as pessoas administrativas e, ainda, põe em evidência as prerrogativas, que são os direitos exorbitantes e os procedimentos excepcionais que beneficiam a atuação dessas mesmas pessoas administrativas.⁵¹

Cabe, ainda, mencionar um conceito que igualmente realça os aspectos subjetivos da administração pública — chegando até mesmo a negar a utilidade de uma compreensão objetiva de sua natureza — e, de certo modo, é complementar ao enunciado por Hauriou. Trata-se da noção do direito administrativo como direito estatutário, desenvolvida por Eduardo García de Enterría.

Enterría inicia sua análise diferenciando os direitos gerais dos direitos estatutários. Os primeiros, como o

46 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1. p. 10. nota 14.

47 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 45.

48 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 47.

49 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 25-26.

50 HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Dalloz, 2002. p. 20.

51 HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Dalloz, 2002. p. 20-21.

direito civil, referem-se e são aplicáveis a todas as classes de sujeitos; enquanto os últimos regulam somente as relações de certas classes de sujeitos, singulares ou específicos, retirando-os, em certos aspectos, do império do direito comum. Como estatutário, o direito administrativo regula as singulares espécies de sujeitos que se agrupam sob o nome de Administração Pública, subtraindo estes sujeitos do direito comum.⁵²

As conseqüências que Enterría e Fernández depreendem desse conceito são muito próximas das indicadas por Hauriou, tal como acima analisado. Em primeiro lugar, o direito administrativo é um ramo do direito público, em especial o direito público interno do Estado. Isto porque a Administração Pública se apresenta como a personificação interna do Estado para consecução de seus fins, pessoa esta que concretamente se relaciona com os cidadãos, sendo a face presente do poder público.⁵³

Ademais, o direito administrativo deve ser visto como o direito comum das pessoas administrativas, nas suas múltiplas formas. O objetivo dessa disciplina deve ser, pois, o de atender basicamente às exigências que esses sujeitos apresentam para seu desenvolvimento jurídico normal. “Dito com outras palavras, o direito administrativo é um microcosmo jurídico, que tende a cobrir todas as possíveis zonas em que se movem as Administrações Públicas”, utilizando-se nessa tarefa abrangente de princípios gerais próprios, que articulam, interpretam e completam suas regras específicas.⁵⁴

Por fim, a conceituação levada a cabo pelos autores espanhóis implica a conclusão de que, para a existência de uma relação jurídico-administrativa, “é preciso que ao menos uma das partes na relação seja uma Administração Pública”, compreendendo essa expressão todas as conformações estatais e paraestatais, bem como os particulares delegatários de uma Administração Pública; que se relacionam com os administrados, com outras Administrações Públicas ou consigo mesmas, nas chamadas relações reflexivas, típicas da organização administrativa.⁵⁵

Reunindo todas essas conseqüências, é possível sintetizar o conceito de Enterría e Fernández da seguinte forma: direito administrativo é o ramo interno do direito público que regula, de forma compreensiva — com princípios e regras especiais que se distanciam do direito comum —, a atuação das diversas pessoas, públicas ou privadas, que formam as diferentes Administrações Públicas, em suas relações com os administrados, entre si e consigo mesmas.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

Os conceitos expostos neste trabalho seguem diferentes concepções de direito administrativo, de seu objeto, de sua função no ordenamento jurídico. Uns conceitos buscam enfatizar critérios de autonomia, outros encontram fundamentos em noções funcionais ou objetivas de administração pública e alguns parte de uma compreensão subjetiva do fenômeno administrativo.

Os diferentes elementos fornecidos pelos autores até aqui estudados, entretanto, não podem ser considerados fora da influência dos referenciais político-institucionais que informam o direito administrativo como disciplina jurídica, em especial as garantias do Estado de Direito. Ou seja, não se compreende o direito administrativo deslocado de sua função garantidora do administrado ante a atuação do poder público.

52 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1. p. 37.

53 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1. p. 37.

54 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1. p. 38-39.

55 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1. p. 39-42.

Assim, é possível elaborar um conceito eclético, que agrupe, sistematicamente, todos esses vetores complementares, afirmando ser o direito administrativo o ramo do direito público que disciplina a atuação da Administração Pública, interna e externamente, na consecução do interesse público por meio de atividades formalmente distintas da legislação e da jurisdição, observando, sempre, os direitos e garantias dos administrados.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *A medida provisória e sua conversão em lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*. Coimbra: Almedida, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Editorial José Cajica Jr., 1944.
- BURDEAU, Georges. *La democracia*. Ensayo sintético. Barcelona: Ariel, 1960.
- CALVO GARCÍA, Manoel. *Los fundamentos del método jurídico*. Madrid: Technos, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1977.
- D'ALBERTI, Marco. *Diritto amministrativo comparato*. Bologna: Il Mulino, 1992.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid: Francisco Beltran, 1917.
- DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005.
- FARNSWORTH, E. Allan. *Introduction to the legal system of the United States*. New York: Oceana, 1994.
- FORSTHOFF, Ernst. *Lo stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. T. 1.
- GUGLIELMI, Gilles. *Vus par ses pères fondateurs, Le Droit Administratif*. CHEVALLIER, Jacques. (Coord.). *Le droit administratif en mutation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Dalloz, 2002.
- HORBACH, Carlos Bastide. O direito administrativo no sistema de Common Law. *Fórum administrativo*, Direito Público, v. 9, n. 101, p. 20-30, jul. 2009.
- ITALIA, Vittorio; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 13. ed. Milano: Giuffrè, 2002.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1
- LIMA, Ruy Cirne. *Principios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 11. ed. München: C. H. Beck, 1997.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. T. 1
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEDAUAR, Odete. Direitos difusos referidos diretamente à Administração Pública. *Filosofia Política – Nova série*, v. 1, p. 166-174, 1997.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 4. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. v. 1
- PUIGPELAT, Oriol Mir. El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública*, n. 162, p. 47-87, sep./dic. 2003.
- RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 166, out./dez. 1986.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: UnB, 1997.
- WEIL, Prosper; POUYAUD, Dominique. *Le droit administratif*. 24. ed. Paris: PUF, 2013.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.