O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A CONSOLIDAÇÃO DE UMA ESCOLA NACIONAL

THE BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW BEFORE THE CONSTITUTION OF 1988: THE CONSOLIDATION OF A NATIONAL SCHOOL

Robertonio Santos Pessoa[1]

Resumo: O artigo aborda a formação do direito administrativo brasileiro a partir das transformações surgidas no Brasil desde a Revolução de 30 até o período do regime militar que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988. A partir de um caleidoscópio de influências, que abrange os impactos do constitucionalismo social, as acomodações sofridas pelo direito administrativo francês em sua adaptação à institucionalidade nacional, a obra de grandes doutrinadores, analisasse a consolidação de uma escola nacional de direito administrativo no período que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988, e cujas diretrizes dogmáticas marcaram o debate constituinte.

Palavras-chave: Direito Administrativo brasileiro, constitucionalismo social, federalismo**.**

Abstract: The article addresses the formation of Brazilian administrative law from the transformations that occurred in Brazil since the Revolution of the 30s until the period of the military regime in the last century. From a kaleidoscope of influences, which covers the impacts of social constitutionalism, the accommodation of French administrative law to national institutions, the work of great scholars, analyze the consolidation of a national school of administrative law in the period before the promulgation of the Constitution 1988.

Keywords: Brazilian Administrative Law, social constitutionalism, federalism.

INTRODUÇÃO

O período que vai da Revolução de 30 até o regime militar, que vigou de 1964 até 1985, será uma importante fase de estruturação do "direito administrativo brasileiro". A partir dos anos 1930, após o esfacelamento da Velha República, um novo ciclo se inicia no Brasil, marcado por intensas transformações na estrutura social, econômica e política do país. Os poderosos grupos ligados à exportação de matérias-primas, como o café e o algodão, se

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Procurador da Fazenda Nacional e Professor Titular do programa de mestrado da Universidade Federal do Piauí. Curriculo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9426835691271531. Contato: robertoniopessoa@uol.com.br.

enfraquecem com a crise financeira de 1929 e a recessão que a acompanha, diminuindo o domínio político das oligarquias da Velha República. Aparecem novos grupos urbanos com interesses mais domésticos: uma burguesia nacional, classes médias, trabalhadores urbanos e funcionários públicos. Em virtude das novas dinâmicas sociais decorrentes da universalização do sufrágio, do processo de industrialização e do surgimento de um movimento sindical mais atuante, ocorreu o aparecimento de uma democracia de massas no país. Surge um Estado promotor do desenvolvimento, responsável pela transformação das estruturas sociais e econômicas.

O constitucionalismo social, que teve como principais referências as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), tinha como agenda um ideário de democracia igualitária, de liberdade igual, buscando uma superação do constitucionalismo liberal. No plano institucional, esse novo constitucionalismo importará em significativas adaptações do clássico princípio da separação dos poderes, com base no qual se vinha estruturando o Estado nas democracias ocidentais. Tal mudança se fará sentir principalmente nas relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, embora, com o tempo, também venha a imprimir novas calibragens na atuação do Poder Judiciário, com a ampliação dos mecanismos de tutela de direitos e controle de constitucionalidade.

Com as atribuições ampliadas de um Estado ao mesmo tempo “social” e “administrativo”, o Poder Executivo torna-se o centro da vida estatal e republicana. O esfacelamento do velho Estado liberal do *laisser-faire*, *laisser-passer* rumo ao Estado social intervencionista ocasionou a passagem de uma *administração patrimonial* para uma *administração burocrática* de caráter racional-legal, como anunciado por Max Weber, com fortes reflexos na dogmática do direito administrativo, tal como gestado até então no âmbito da tradição da democracia liberal. Inicia-se um processo de reestruturação do Estado-Administrativo, que será regulado em sua complexidade, em sua organização e dinâmicas concretas pelos princípios, regras e categorias de um direito administrativo de matriz francesa, pelo menos nos países vinculados à tradição germano-românica. Competirá e esse direito administrativo estruturar esse Estado administrativo, gestado a partir das balizas do novo constitucionalismo social.

A crescente atuação estatal na conformação da nova ordem econômica e social ocasionou o aparecimento de um verdadeiro *Estado administrativo*, formado por uma complexa rede de organizações administrativas e uma crescente burocracia de funcionários. A disciplina jurídica deste complexo *Estado administrativo* será objeto do direito administrativo. A expressão "Estado de Administração" (*Verwaltungsstaat*), cunhada pela doutrina alemã, irá destacar o fato de que a "administração pública" será doravante uma importante estrutura burocrática e decisória no centro da institucionalidade estatal, em torno da qual gravitarão diversos interesses.

No contexto do novo Estado social surgido, algumas medidas administrativas foram tomadas. Foram regulamentados setores importantes da administração pública, como o das compras governamentais (1931), o da gestão de pessoas (1936) e o da execução financeira e orçamentária (1940). Também foram instituídos órgãos encarregados de controlar as organizações administrativas e sua burocracia, como o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que, nascido em 1933, teve longa e marcante trajetória no Brasil, sendo extinto apenas em 1986. Com o fortalecimento do DASP e a grande centralização política e administrativa, entre 1930 e 1945, a administração pública passou a desempenhar um papel fundamental na sustentação política do getulismo, que tinha dois pilares importantes: o controle da administração pública e a nomeação dos dirigentes das províncias, no período do Estado Novo. Desse modo, ao lado das tentativas de modernização administrativa, desenvolveram-se, também, práticas de utilização da administração pública como instrumento de barganha política, fazendo com que o processo de implantação de uma administração racional-legal no Brasil fosse marcado por injunções políticas de viés patrimonialista muito intenso[2].

Progressivamente ocorreu a implementação de um aparato administrativo mais profissional e moderno, nos moldes do modelo weberiano burocrático, de caráter racional-legal, calcado na separação entre o público e o privado, na impessoalidade, na hierarquia e em normas procedimentais rígidas e universais, com observância de regras claras de competência. A observância

[2] BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas *(1930-1964)*. *In*: SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 150.

de critérios de legalidade e impessoalidade passou a ser vista como requisito necessário para um novo modelo estatal mais democrático e transparente. O direito administrativo se estrutura como um direito de organização e funcionamento concreto do Estado desenvolvimentista.

1 O FEDERALISMO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

A Carta de 46 consagrou definitivamente a intervenção do Estado na economia como forma de corrigir os desequilíbrios causados pelo mercado e como mecanismo alternativo de desenvolvimento dos setores considerados estratégicos. O Estado nacional retoma o ideário do desenvolvimento econômico via industrialização e substituição de importações. Rompendo com o centralismo do Estado Novo iniciado em 1937, bem como com o federalismo dual clássico de competências estanques e apartadas, a Constituição de 1946 inaugurou a estruturação de um federalismo cooperativo, com a previsão de competências comuns e concorrentes, dando ênfase à autonomia dos Estados e à redução dos desequilíbrios regionais, embora a dinâmica do processo político nacional ainda importasse em grande concentração de poder no Executivo federal.

O novo federalismo consistirá, doravante, numa intrincada combinação de centralização e descentralização política. A descentralização será uma consequência natural do processo democrático e da reivindicação de maior autonomia por parte de estados e municípios. Na contramão das tendências centrífugas, níveis elevados de centralização política e decisória serão ainda considerados necessários para programas nacionais de modernização institucional, administrativa, econômica e social do país, principalmente em face de suas dimensões territoriais, das desigualdades sociais e do relativo atraso das elites regionais e suas persistentes práticas patrimonialistas.

Assim, na fase que se seguiu à Constituição de 1946, a continuidade do projeto desenvolvimentista implicou uma maior descentralização administrativa, com a criação de diversas autarquias e empresas públicas, passando as últimas a serem instrumentos estratégicos da ação estatal no campo econômico, financeiro e na prestação de serviços públicos. O governo

de Juscelino Kubitschek, por exemplo, muito focado na industrialização e na construção de Brasília, optou pela instituição de novas estruturas alheias à chamada "administração direta" para o enfrentamento dos problemas que lhe apareciam mais candentes, instituindo-se no país uma máquina administrativa cada vez mais autarquizada, complexa e carente de coordenação.

O Estado passa a atuar mais diretamente como agente econômico nos setores considerados estratégicos e "de interesse nacional", sendo o principal artífice de toda a vasta infraestrutura que se fazia necessária ao desenvolvimento do país, tais como a construção de rodovias, portos e aeroportos, bem como a prestação de toda uma série de serviços públicos, tais como abastecimento de água, energia elétrica e telecomunicações. O Estado também desempenhará um papel crucial na extração e no refino do petróleo, na produção de aço e produtos químicos. Criará, também, redes bancárias para o financiamento da produção, do comércio, da agricultura e de programas habitacionais. Assim, foram criadas empresas públicas para o setor de combustíveis (Petrobras), energia elétrica (Eletrobrás), ferro e aço (Companhia Vale do Rio Doce). Também foram instituídas no setor bancário, para apoio à produção, à indústria, à agricultura e a programas sociais, como a habitação, com destaque para o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Nordeste.

Essas atividades econômicas exploradas pelo Estado se sujeitaram a regimes de direito privado, de forma a assegurar uma maior flexibilidade de gestão, onde o Estado atuasse em regime de monopólio ou uma adequada inserção das empresas públicas nos setores em que atuassem em regime de concorrência. Dessa forma, o direito administrativo já admitia neste período a possibilidade de o Estado lançar mão de instituições de direito privado nas suas atividades econômicas. Viu-se nascer a submissão de setores da administração estatal a regimes de direito privado combinados, segundo formas e gradações diversas, com regras de direito público.

Ao final desse ciclo, teremos, no começo dos anos 1960, uma caricatura de Estado social, ainda muito distante dos modelos europeus, com um país razoavelmente industrializado, ou em processo de acelerada industrialização. Ainda que tivéssemos uma proposta constitucional de "Estado social", não tínhamos no Brasil uma sociedade de bem-estar para a grande

maioria da população. O arremedo de “Estado social”, contudo, que alavancou um incipiente projeto de desenvolvimento nacional, a despeito das persistentes desigualdades sociais e regionais.

2 ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A importância do direito administrativo é anunciada por Hely Lopes Meirelles, um dos mentores do “Direito Administrativo Brasileiro”, título de uma das suas obras mais conhecidas. Para o ilustre administrativista, o direito administrativo é aquele voltado à regulação das atividades públicas “tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”[3]. Esses fins guardam uma estreita relação com a satisfação de necessidades coletivas básicas, tais como a prestação de serviços públicos, a ordenação da vida privada (poder de polícia), construção e manutenção de infraestruturas indispensáveis à vida em sociedade, além de outras tantas ações necessárias ao bem-estar social. Regulando a ação administrativa e submetendo-a a controles, principalmente o judicial, o direito administrativo desempenha um notável e indispensável papel no contexto do Estado Constitucional.

Na França, o direito administrativo surgiu como um direito especial a ser aplicado à administração pública, como um regime jurídico “exorbitante”, derrogatório do direito privado. A doutrina francesa buscou justificar esse caráter exorbitante do direito administrativo, formando-se, em torno da questão duas correntes básicas: a do “poder público” (*puissance public*), capitaneada por Maurice Hauriou, e a do “serviço público” (*service public*), que tinha à frente Léon Deguit. De acordo com a primeira, o que legitimava a aplicação de um regime jurídico-administrativo era a titularização, por parte do Estado, do monopólio da força, que dizer, de “poderes e prerrogativas especiais” não compartilhados por atores privados. Já para o segundo, o que justificava a aplicação desse regime especial era a prestação de serviços públicos aos cidadãos, que não poderia estar sujeita ao direito privado.

[3] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29.

Enquanto na França o direito administrativo teve sempre um caráter fortemente jurisprudencial, em razão da atuação do Conselho de Estado, no Brasil, ele será marcado, principalmente, como uma obra doutrinária. Ao contrário do direito francês, no Brasil não existiu uma "jurisdição administrativa" especializada, uma vez que o sistema jurídico-constitucional brasileiro seguia o modelo constitucional norte-americano de jurisdição única. Ajunte-se a isso que, à semelhança do que ocorreu em outros países, o Brasil nunca teve uma codificação do direito administrativo, em parte devido à própria complexidade dessa disciplina, em parte devido à fragmentação das competências legislativas em matéria administrativa no contexto da nova federação. Assim, na falta de um código, que costuma cumprir uma função de sistematização, coube à doutrina a tarefa de organização sistêmica do direito administrativo, a partir da obra de grandes doutrinadores.

No Brasil, o direito administrativo volta-se, inicialmente, para instituição e regulação de uma administração pública "burocrática". Essa "administração burocrática", também denominada "legal-racional", segundo os tipos ideais assinalados por Max Weber, apresenta certas características básicas do ponto de vista organizacional e funcional. Trata-se de uma administração pública hierarquizada, que desempenha atividades ligadas a um "poder de polícia" cada vez mais intenso e à prestação de um crescente número de "serviços públicos". Ela pode atuar, também, como "agente econômico", em caráter subsidiário, por meio de variadas formas de empresas públicas, conforme aconteceu no Brasil, tendo em vista o incremento das infraestruturas necessárias ao desenvolvimento.

As novas necessidades decorrentes da expansão do poder de polícia, dos serviços públicos, da construção de infraestruturas, da implantação de políticas públicas e da regulação da economia, conduziram a uma grande ampliação dos poderes administrativos. As ideias de "prerrogativas de direito público" ou de "meios exorbitantes do direito comum" se imporão com vigor neste período, vistos como necessários à garantia da efetividade da governança pública, ou, como se dirá com muita frequência, à garantia da supremacia dos interesses públicos sobre os interesses privados. O direito administrativo, como já havia ocorrido na pátria francesa, se forma e se

consolida, assim, como um direito especial, por um movimento de afastamento em relação ao direito privado.

Em 1941, Miguel Seabra Fagundes, um dos grandes nomes da doutrina administrativista brasileira desse período, no seu ontológico livro *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, lecionava que "administrar é aplicar a lei de ofício"[4]. Isso quer dizer que a atividade administrativa deveria se dar com estreita observância aos ditames legais, em conformidade com o "princípio da legalidade administrativa". O gaúcho Ruy Cirne Lima, outro grande autor dessa fase, e para quem "administração é a atividade de quem não senhor absoluto", em seu livro *Princípios de Direito Administrativo*, num esforço de sistematização dessa disciplina, ainda carente de fundamentação científica mais consistente em terras brasileiras, deteve-se longamente sobre a "relação de administração", decodificando-lhe seus critérios informadores, seu conteúdo e sua teleologia, e concebendo este conceito como a chave de abóboda e a pedra de toque do seu sistema[5]. Posteriormente, já nos anos 70-80 do século passado, Celso Antônio Bandeira de Melo iria se referir à magistral lição de Cirne Lima a propósito da "relação de administração" como a "relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente", onde não há apenas um poder em relação ao um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade que lhe serve de parâmetro[6].

Na dogmática jurídica, a atuação administrativa se dará predominantemente sob um regime jurídico de direito público, sendo os "atos", os "contratos" e os "regulamentos" administrativos os seus principais instrumentos de ação. A figura do "ato administrativo" ocupará o centro desta dogmática, sendo o capítulo central de todos os compêndios da disciplina, incumbindo-lhe um duplo papel. Por um lado, será considerado como um "privilégio da Administração", manifestação do poder administrativo no caso concreto, um ato unilateral, podendo ser praticado de forma vinculada ou

[4] FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 67.
[5] LIMA, Ruy Cirne. ***Princípios de Direito Administrativo***. São Paulo: Malheiros, 7ª ed. 1994, p. 34.
[6] MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 34.

discricionária, podendo seus efeitos ser impostos aos particulares por via coativa (*autoexecutoriedade*). Por outro lado, esse mesmo ato administrativo também se constituirá em instrumento de garantia dos particulares, na medida em que abre acesso à via do controle jurisdicional, permitindo a defesa dos "administrados" contra as atuações administrativas arbitrárias[7]. Formou-se, assim, um quadro institucional e teórico marcado por "compromissos práticos" entre princípios liberais ao nível da organização política e princípios com certa dosagem autoritária ao nível da administração pública, apresentando-se o direito administrativo como o "ponto de convergência" desses compromissos.

Em razão de uma permanente e natural desconfiança em relação à máquina administrativa e à sua burocracia, o direito administrativo acentuará as necessidades de limitação, sujeição e controle de uma administração pública cada vez mais poderosa e onipresente. Essa tensão entre prerrogativas especiais e limitações e controles será uma constante em todo o direito administrativo brasileiro, podendo o ponto de equilíbrio ser alterado de acordo com os movimentos pendulares da política e do direito. E assim desenvolveu-se a dogmática do direito administrativo brasileiro, com seus conceitos e categorias peculiares, quais sejam: legalidade administrativa, prerrogativas da administração pública, ampla discricionariedade, não controle do mérito do ato administrativo pelo poder judiciário etc.

Numa dimensão mais ampla, esse modelo doutrinário foi resultado de uma combinação de princípios do constitucionalismo liberal tradicional e das exigências no novo constitucionalismo social. O constitucionalismo liberal privilegiava uma dimensão defensiva dos direitos individuais, centrando-se na proteção de uma autonomia privada em face dos sempre perigosos excessos da intervenção estatal. Essa cultura jurídica influenciará a estruturação inicial do direito administrativo brasileiro. No emaranhado das complexas realidades institucionais de um Estado social-desenvolvimentista, o direito administrativo, ao mesmo tempo em que se mostrava cada vez mais importante para estruturação da ação pública e a proteção dos cidadãos, também se revelava um direito de difícil sistematização doutrinária. Ignoravam-se, muitas vezes, a

[7] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca *del acto* administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 49.

sua natureza, as suas exigências, por vezes, contraditórias, os seus contornos e as suas fronteiras. Isso não impediu que o direito administrativo se consolidasse cada vez mais como uma disciplina necessária e de grande prestígio, destacando-se, nesse período inicial de sua formação, a título ilustrativo, a obra doutrinária de Temístocles Brandão Cavalcanti, José Mattos de Vasconcelos, Seabra Fagundes, Ruy Cirne Lima, J. Rodrigues Vale, Fernando Mendes de Almeida, José Cretella Junior, Mário Masagão e Hely Lopes Meirelles

3 O PERÍODO DO REGIME MILITAR

Sob o regime da Constituição de 1946, havia ocorrido uma certa normalização da vida democrática no país, depois do hiato do Estado Novo, o que permitiu um maior desfrute das liberdades pública, desenvolvendo-se, desde então, uma rica atividade política e sindical no período que se seguiu à sua promulgação. Com isso, aumentaram as pressões para efetivação de uma democracia de massas no Brasil, o que passou a incomodar cada vez mais as oligarquias dominantes, setores da classe média e do empresariado, temerosos de perder o poder e a influência política com a ascensão de novos grupos e lideranças. O clima da guerra fria no plano internacional, a ameaça comunista, mais presente na América do Sul com a proximidade da revolução cubana deflagrada por um grupo liderado por Fidel Castro em 1959, os anseios por reformas de base, que encontraram expressão no Governo João Goulart (1961-1964), e as reações contrárias de setores das elites nacionais, representadas no plano político pela UDN, terminaram por criar um ambiente de forte instabilidade. O pacto social brasileiro instituído na Carta de 46, com seu compromisso entre as crescentes demandas sociopolíticas de democracia material e os imperativos de uma economia de mercado capitalista chegava ao fim.

Interrompendo o ciclo democrático iniciado em 1946, em 31 de março de 1964, os militares apearam João Goulart da presidência e instituíram um “governo provisório”. Começava o longo período do regime militar. O Congresso Nacional, transformado em Assembleia Constituinte mediante ato

institucional, e já como os membros da oposição afastados, promulgou, sob pressão dos militares, a Constituição de 1967, legitimando a ditadura militar consequente ao golpe, autodenominado de “revolução”. Na prática, o novo Texto Constitucional alterava o equilíbrio entre os poderes, instituindo uma tutela do Poder Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário. Em 1969, foi editada pela Junta Governativa Provisória a Emenda Constitucional n° 1, que institucionalizou os atos institucionais editados anteriormente pelo regime militar. Tamanha foi a alteração operada na Carta de 1967 que o texto constitucional emendado passou a ser visto como uma nova Constituição.

O regime militar passou a nomear os governadores, a monitorar a imprensa, a cultura e as atividades políticas, adotando um plano de reformas cujos efeitos se fizeram sentir em toda a federação. Para os militares e seus apoiadores civis, a estabilidade política e institucional somente poderia se consolidar, de forma estável, na ambiência de uma economia capitalista de mercado. A defesa da ordem capitalista contra uma suposta ameaça comunista contou, assim, com o apoio do exército, de autoridades políticas e segmentos interessados do núcleo central do capitalismo. O incremento de uma economia de mercado e uma maior participação do Brasil do comércio exterior, com a inserção do país na economia internacional, eram vistos como tarefas prioritárias a serem promovidas.

Algumas reformas foram inicialmente implementadas, destacando-se dentre elas a reforma financeira, com a Lei nº 4.320/1964, a reforma tributária, com a edição do Código Tributário Nacional, a reforma trabalhista, com a extinção do instituto da estabilidade e a criação do FGTS, e a chamada Reforma Administrativa, com a edição do Decreto-lei nº 200/1967. A reforma processual, com a edição do Código de Processo Civil ocorreu em 1973.

3.1 A REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1967

A Reforma Administrativa, instituída pelo Decreto-lei nº 200/1967, foi a primeira reforma gerencial, *avant la lettre*, implementada no país, bem antes de se falar em “administração gerencial”, como veio a ocorrer no Brasil a partir dos anos 1990. Para os *policy makers* encarregados da reforma, a governança pública e as modernas exigências da ação pública administrativa demandavam

uma máquina administrativa moderna, ágil e eficiente. Assim, a reforma administrativa de 1967 instituiu no plano federal um padrão de organização para a administração pública, que foi, progressivamente, assimilado por estados e municípios. A reforma estabelecia novos princípios estruturantes para o setor público, agora subdividido numa *administração direta* (centralizada) e numa *indireta* (descentralizada). Dentre tais princípios, destacavam-se os do *planejamento*, da *coordenação*, da *descentralização*, da *delegação de competências* e do *controle*. Esse modelo administrativo daria à administração pública brasileira uma nova feição, marcando toda a cultura administrativa pátria, influenciando, inclusive, a sistematização científica do direito administrativo brasileiro que ocorria nesse período. As expressões "administração direta e indireta" passaram a ser amplamente empregadas por políticos, gestores, acadêmicos e operadores jurídicos, sendo, posteriormente, incorporadas ao Texto Constitucional de 1988.

A Reforma Administrativa de 1967 propiciou um movimento de descentralização e especialização da administração pública, ocasionando um forte incremento da "administração indireta", dotada de maior autonomia administrativa, e, não raro, com funcionários mais bem remunerados. Esse processo de especialização levou ao surgimento de diversas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista nos vários âmbitos da federação, encarregadas das mais diversas tarefas administrativas e econômicas, como a prestação de serviços públicos, o exercício do poder de polícia e regulação, a realização de atividades econômicas e financeiras, e a organização de atividades de previdência e assistência social. A modernização gerencial proposta permitia, do ponto de vista dos regimes jurídicos aplicáveis ao setor público, uma maior utilização de instrumentos de direito privado. Veja-se, nesse sentido, que as "fundações públicas" foram tratadas pelo Decreto-lei nº 200/1967 como "entidades de direito privado", para o desempenho de atividades "que não exijam execução por entidades de direito público" (art. 5º, IV).

Assim, pesando uma grande desconfiança sobre a velha burocracia da administração direta, ocorreu o repasse de importantes funções e políticas públicas para a administração indireta, que, em sua autonomia, gozava de relativa liberdade de contratação de servidores (sob o regime celetista), de

obras, bens e serviços. O Decreto-lei nº 200/1967 abria uma brecha, que veio a ser muito utilizada, para contratação sem concurso público nas áreas de pesquisa e órgãos especializados da administração pública. A administração direta, responsável por boa parte das políticas públicas mais fundamentais na área social (educação, saúde e segurança pública), foi sendo, progressivamente, sucateada e relegada a um segundo plano, com servidores mal remunerados e desmotivados.

Alguns efeitos perversos surgiram nos anos que se seguiram à reforma. Embora implantada com a pretensão de fortalecer e aperfeiçoar os mecanismos de controle, coordenação e planejamento na administração pública, tal capacidade foi sendo, cada vez, mais enfraquecida por dois processos que se alimentavam mutuamente: de um lado, a hipertrofia e o crescimento desordenado da administração indireta inviabilizaram os mecanismos de coordenação; de outro, a racionalidade e o profissionalismo desejados foram perdendo força na medida em que os militares, para se contraporem à progressiva perda de legitimidade do regime, faziam uso patrimonialista da administração pública, trocando cargos por apoio político[8].

3.2 O FLERTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO COM O AUTORITARISMO

Há mais de um século, o jurista alemão Otto Mayer afirmava que "o Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece"[9]. Essa declaração tem ecoado no direito público ocidental, não sem causar uma certa inquietação. Várias interpretações foram propostas. A mais comum é que o direito constitucional seria mais instável e suscetível a mudanças, ao passo que o direito administrativo teria uma maior vocação para "estabilidade". Isso porque o direito constitucional seria mais "político", ao passo que o direito administrativo seguiria uma lógica mais autônoma em relação às turbulências políticas. Para alguns, essa vocação para "permanência" seria até mais recomendada para um direito que tem como tarefa garantir o funcionamento

[8] TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 157-158.
[9] MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 1 e 2, 1ª ed., 1895 e 1896; 3ª ed., 1924, p. 5.

cotidiano das engrenagens administrativas da sociedade, da sua burocracia, dos serviços públicos e da ordem pública. Assim, o direito administrativo manteve, de certa forma, uma estrutura marcada por um grau elevado de formalismo, o que o tornou maleável e facilmente adaptável a regimes políticos diversos.

Outra possível interpretação que pode ser dada à enigmática declaração de Otto Mayer, e essa mais pessimista, é que o direito administrativo, na sua costumeira formalidade, e em seu tradicional deslocamento em relação aos valores democráticos, pode se revelar uma estrutura bastante funcional para regimes autoritários e de exceção. No período do regime militar no Brasil, marcado por suspensão da normalidade constitucional, grande foi o prestígio do direito administrativo. O formalismo e a abertura dos conceitos e dos institutos do direito administrativo lhe propiciaram a sua amigável adaptação a regimes ditatoriais. Sob esse aspecto, devem ser sempre destacadas, além do caso brasileiro, as experiências de Portugal (sob Salazar) e da Espanha (sob Franco), onde, em períodos ditatoriais de suspensão da normalidade constitucional, grande foi o prestígio do direito administrativo. Nesse sentido, assim observou Binenbojm:

> a teoria do direito administrativo muito contribuiu para a preservação de uma *lógica de autoridade* e não para a construção de uma lógica cidadã. Isso era corroborado pelo instituto da *discricionariedade administrativa*, com sua subtração à apreciação dos órgãos de controle, e com o conceito fluido e vago de interesse público[10].

4 AFIRMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Num longo período marcado por um Estado de exceção e pelo autoritarismo, e sem a referência de uma Constituição democrática, o direito administrativo brasileiro vivenciará um grande desenvolvimento do ponto de vista dogmático-científico no Brasil, levando-o a se constituir numa grande referência paradigmática para todo o direito público brasileiro, além de se apresentar como uma plataforma de luta contra o arbítrio de Estado e contra

[10] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.

todos os abusos e desvios de poder. Acentuaram-se os seus aspectos garantísticos, reelaborando-se os seus princípios estruturantes, especialmente o princípio da legalidade administrativa, num esforço de subordinar à lei e ao judiciário a administração pública, alvo de tantas suspeitas e desconfianças no contexto de um regime autoritário espraiado pela federação. Surge um direito administrativo mais sintonizado com as demandas dos "administrados".

Nessa fase, o direito administrativo brasileiro adquire sua "maioridade científica" no Brasil. Celso Antônio Bandeira de Melo, expressando o espírito que animava esse ramo jurídico em ascensão, afirmava que "importa, sobretudo, conhecer o direito administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária"[11]. Retomando as ideias de Ruy Cirne Lima, Celso Antônio destaca que, em matéria de administração pública, o dever e a finalidade são predominantes, e não a vontade, como ocorre no direito privado. Ensina que, na administração pública, "os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela"[12]. Assim, duas ideias-chave irão receber especial destaque nesse novo esforço de fundamentação e justificação científica do direito administrativo: a) a ideia da supremacia do interesse público sobre o privado; e b) a ideia da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Será gestado, aqui, um paradigma jurídico ainda hoje muito influente em nossa cultura jurídica.

4.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Antecipando-se a um debate que o direito constitucional pátrio somente irá incorporar futuramente, a doutrina administrativista pôs em foco a questão dos "princípios" como elementos estruturantes da ordem jurídica. Como resposta a um direito administrativo com pendores autoritários, em que o

[11] MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23-24.
[12] *Id. Ibid.*, p. 296.

conceito de “interesse público” podia ser preenchido em sua indeterminação segundo conveniências e razões políticas diversas, foram reforçados os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, conferindo-se especial atenção ao controle dos atos administrativos discricionários.

O princípio da legalidade administrativa merecerá especial aprofundamento. Numa atmosfera cultural marcada pelo positivismo jurídico, então corrente dominante nos principais centros acadêmicos do país, a lei, em conformidade com a teoria kelseniana da formação escalonada do ordenamento jurídico, torna-se a principalmente referência para a administração pública, levando a doutrina a enfatizar uma ideia de *vinculação positiva*, e não apenas *negativa*, da administração pública à legalidade. Assim, a Administração deverá atuar adstrita a padrões legais que, simultaneamente, delineiam os limites dos direitos individuais e balizam a atuação administrativa. A lei garantiria o respeito aos direitos individuais e, ao mesmo tempo, manifestaria uma “vontade pública” (interesse público), que deveria prevalecer sobre a vontade dos órgãos administrativos.

Segundo essa concepção de uma *vinculação positiva* à lei, a autoridade somente pode atuar quando existir autorização prévia por parte do legislador. Nessa linha, Hely Lopes Meirelles observava que “o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”[13]. E, arremata o ilustre administrativista, com uma declaração que haveria de fazer história no direito administrativo brasileiro: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”[14]. Não obstante a relevância que pode ter tido essa concepção de “vinculação positiva” da administração para fins de controle da atividade administrativa, em especial no que se refere ao controle jurisdicional, a sua rigidez hoje se revela problemática e pouco realista nas circunstâncias atuais do direito administrativo e das complexas funções do Estado-Administrativo.

[13] MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 82.
[14] MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 83.

No atual contexto do Estado constitucional, embora não existam espaços de atuação pública não afetados pelo direito, tem-se tentado resgatar uma nova síntese entre as concepções de "vinculação positiva" e de "vinculação negativa" da administração pública, afirmando-se sua vinculação à lei e ao direito. Tal é o que fez, por exemplo, a atual Lei de Processo Administrativo, ao dispor que a atuação administrativa deve ser conforme a lei e o Direito (Lei n° 9.784/1999, art. 2°, parágrafo único, I). Assim, em muitas situações, não se exige mais uma conformação prévia da atuação administrativa à lei, importando apenas que tal atuação esteja autorizada no ordenamento jurídico. Essa "autorização' pode, inclusive, estar prevista em normas de natureza principiológica ou em "leis-quadro" instituidoras de políticas públicas setoriais. Daí ser mais preciso, como propõe Gustavo Binenbojm, a referência a um princípio da juridicidade administrativa do que ao tradicional princípio da legalidade[15].

Inobstante isso, deve-se admitir a permanência de amplos setores onde a atuação administrativa deve se dar em termos de vinculação positiva, tais como no caso das contratações públicas, das desapropriações, do exercício do poder de polícia, dos regimes disciplinares e sancionatórios etc. Nessas situações, somente por meio de uma estrita observância da lei é que se pode dar uma proteção aos cidadãos diante da administração pública.

4.2 OUTROS TEMAS

No mais, consolidou-se nessa fase um aprofundamento das formulações dos anos 50 e 60 do século passado, com a agregação de novos temas. Os principais instrumentos da atuação administrativa continuam a ser o *ato administrativo*, os *contratos administrativos* e os *regulamentos*. Os contratos administrativos deverão conter cláusulas exorbitantes e garantias de seu equilíbrio econômico-financeiro, visando à proteção dos que contratam com o Estado. Para a doutrina dominante, os regulamentos autônomos estariam proscritos do direito administrativo pátrio, sendo admitidos apenas os "regulamentos de execução", destinados a garantir uma "fiel execução da lei".

[15] BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit*., p. 34-38.

A teoria dos regulamentos é amplamente desenvolvida no âmbito do direito administrativo. É também amplamente tratado o tema da administração direta e indireta, em particular no que se refere aos seus regimes jurídicos. A obra *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias* (1968), de Celso Antônio Bandeira de Melo, representará um ponto de inflexão nessa questão.

Em matéria de serviços públicos, a doutrina, capitaneada por Hely Lopes Meirelles, distinguia duas espécies de serviços públicos: os *serviços públicos essenciais* e os *serviços de utilidade pública*. Serviços públicos essenciais "são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado"[16]. Longe de contexto neoliberal que viria marcar parte da doutrina administrativista no futuro, Hely sustentava que "a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados"[17]. Como exemplo de tais serviços elencava aqueles necessários à preservação da saúde pública. No contexto atual, o nosso SUS. Já os serviços de utilidade pública "são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, pode prestá-los diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários". Aqui temos os serviços de energia elétrica e a telefonia, passíveis de delegação a particulares.

Talvez como resposta às persistentes práticas patrimonialistas na gestão pública nacional, o paradigma jurídico-administrativo que se consolida nessa fase será marcado por um movimento de distanciamento em relação ao direito privado, reforçando em um novo contexto tendências já presentes nos primórdios do direito administrativo. Assim, por exemplo, as fundações públicas, previstas no Decreto-lei nº 200/1976 como entidades de direito privado, foram esvaziadas desse sentido originário à medida que passaram a ser vistas como simples "espécies do gênero autarquia", visão que foi incorporada durante muito tempo pela jurisprudência do Supremo Tribunal

[16] MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 295.
[17] *Id. Ibid.*, p. 295.

Federal. A celeuma em torno da verdadeira natureza das fundações públicas perdura ainda hoje em nosso direito administrativo, sem que se tenha ainda encontrado um consenso no plano do direito positivo e doutrinário.

CONCLUSÃO

Com a consolidação de tal paradigma, o direito administrativo brasileiro assume, num quadro de quase irrelevância do direito constitucional pátrio, o *status* de "direito público por excelência", como apregoava García de Enterría. Um forte "paradigma jurídico-administrativo" acabará por influenciar diversos outros subsistemas jurídicos para além da esfera propriamente "administrativa", como o direito ambiental, o urbanístico, o regulatório e o econômico. Esse regime jurídico-administrativo também será a principal referência para agentes públicos, para a burocracia estatal, para os gestores e operadores jurídicos. Essa influência perdurará para muito além do período autoritário, deixando suas marcas no Texto Constitucional de 1988, que irá incorporar em sua tessitura muito do trabalho doutrinário realizado nesse período. Com a redemocratização do país que se seguiu à Constituição de 1988, esse modelo jurídico-administrativo ainda se manterá firme, embora passasse, principalmente a partir dos anos 90 do século passado, com o advento do denominado movimento "gerencialismo", a receber fortes críticas.

Assim, deve sempre ser destacada que a obra doutrinária desse período, além de contribuir para a afirmação científica do direito administrativo, preparava e, de certa maneira, antecipava na consciência jurídica nacional, a transição para a democracia e o Estado de Direito. Nessa fase de suspensão da normalidade constitucional e de autoritarismo, formou-se uma verdadeira *escola brasileira de direito administrativo*, com forte influência na academia, na atuação dos operadores jurídicos, nos tribunais e na burocracia estatal, destacando-se a obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, Celso Antônio Bandeira de Melo, Valmir Pontes, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Caio Tácito, Sérgio de Andréa Ferreira, Diógenes Gasparini, Almiro do Couto e Silva, Lúcia do Valle Figueiredo, Jessé Torres, Juarez Freitas, Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Meneses de. **Formação do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas *(1930-1964)*. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 7ª ed, 1994.

MAYER, Otto. ***Deutsches verwaltungsrecht***, Leipzig: Duncker und Humblot,1895.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca *del acto* administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.