

Uma abordagem teórica sobre a origem, as fontes e os princípios do Direito Administrativo

Theoretical approach on the origin, sources and principles of Administrative Law

Fernando Martins Fonseca

Servidor do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG; graduado em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas (2007); pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá – RJ, em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Gama Filho – RJ, em Direito Civil e Direito Processual Civil do Uniasselvi/Verbo Jurídico em Porto Alegre/RS, e Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ.

E-mail: fernandojurista@hotmail.com

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar origem, fontes e princípios do Direito Administrativo, destacando a importância que esse conjunto harmônico de princípios representa na sociedade. Procura-se responder por que diante de tantas transformações, principalmente com o advento da Constituição de 1988 e de uma evolução histórica, o Direito Administrativo mantém ainda intrínscico em sua dogmática administrativa este caráter de desigualdade e autoridade, característico de seu nascimento no Antigo Regime. Analisam-se as crises de paradigmas inerentes ao Direito Administrativo. Pretende-se, com isso, aprimorar os estudos sobre o tema e promover uma reflexão, de modo que as pessoas compreendam as mudanças que a Constituição de 1988 trouxe para o Direito Administrativo.

Palavras-chave: Evolução. Constituição. Sociedade.

Abstract: The present study aims to analyze the origin, sources and principles of Administrative Law, highlighting the importance of this set of harmonic principles to society. It seeks to answer why with so many changes, especially with the advent of the 1988 Constitution and the historical evolution, the Administrative Law still maintains intrinsic, in its administrative dogmatic, this character of inequality and authority, characteristic of its birth in the Old Regime. The origin and evolution of administrative law are analyzed, its sources, and consequently their paradigms crises. It is intended, with this paper, to enhance studies on the topic and promote reflection, so that people understand the changes that the Constitution of 1988 brought to the Administrative Law.

Keywords: Evolution. Constitution. Society.

1 Introdução

O Direito Administrativo brasileiro representa, na contemporaneidade, grande importância, tendo em vista que ele faz parte de um sub-ramo do Direito público interno que tem, entre outras funções, o papel de disciplinar as relações jurídicas predominantes na administração pública.

Ao debruçar em um estudo sobre o Direito Administrativo desde o seu nascimento com o Estado de Direito até a nossa contemporaneidade, é possível perceber o quanto seu conteúdo foi ampliado. Essa ampliação foi possível graças ao

advento da Constituição de 1988, que propiciou muitas mudanças no campo do Direito Administrativo, encontrando respaldo, também, nas Constituições Estaduais que muito contribuíram.

Convém salientar que essas mudanças ocorreram mediante as funções assumidas pelo Estado e, principalmente, devido às constantes necessidades coletivas da sociedade no que tange ao seu aspecto econômico e social.

Segundo o autor Gustavo Binenbojm (2008, p. 02), embora o Direito Administrativo tenha passado por várias modificações, essas não foram suficientes para alterar a sua estrutura, que sempre foi “pautada em premissas teóricas comprometidas com a preservação do princípio da autoridade e não com a promoção de conquistas liberais e democráticas do cidadão”.

Nesse sentido, nota-se que o Direito Administrativo experimentou, ao longo de sua caminhada histórica, um processo de descolamento do Direito Constitucional, já que desde a sua origem o mesmo foi marcado por ideias de desigualdade, autoridade e, principalmente, por instrumentos de controle progressivo dos cidadãos.

Embora a Constituição de 1988 tenha trazido muitos princípios inovadores que buscam refletir o espírito democrático do indivíduo, há, ainda na atualidade, muitos resquícios da estrutura autoritária e desigual presente no campo do Direito Administrativo.

Como aponta a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 17), não é fácil discorrer sobre o Direito Administrativo, tendo em vista que o mesmo é novo e nós estamos, ainda, em fase de aprendizado, de interpretação e de assimilação de novos conceitos, o que requer um tempo para conseguir compreendê-lo.

Diante do exposto, é perceptível a importância deste estudo, tendo em vista que o campo do Direito Administrativo é novo, daí a necessidade de compreendê-lo em suas especificidades, principalmente porque as suas fontes continuam sendo esquecidas e maltratadas pelos nossos doutrinadores.

Tem-se como objetivo geral, neste estudo, analisar a origem e a evolução do Direito Administrativo, as suas fontes e, conseqüentemente, as suas crises de paradigmas, buscando responder por que diante de tantas transformações, principalmente com o advento da Constituição de 1988 e de uma evolução histórica, o Direito Administrativo mantém ainda intrínscico em sua dogmática administrativa este caráter de desigualdade e autoridade, característico de seu nascimento no Antigo Regime.

2 Um olhar sobre a origem, as fontes e os princípios do Direito Administrativo

2.1 A Origem do Direito Administrativo

Discorrer sobre a origem do Direito Administrativo não é uma tarefa fácil, haja vista que o seu surgimento se deu na França, no fim do século XVIII e início do século XIX, estando diretamente ligado às revoluções liberais que ocorriam nestes séculos.

Embora essas revoluções e o próprio movimento iluminista tenham influenciado na formação do pensamento e das concepções do Direito Administrativo, as expressões desse ramo já existiam. Por essa razão, faz-se necessário iniciar este

artigo fazendo uma historicização da origem e fontes do princípio do Direito Administrativo, bem como destacando a importância que esse conjunto de normas e princípios representa na contemporaneidade.

Segundo a autora Pietro (2002), a formação do Direito Administrativo teve início juntamente com o Direito Constitucional e demais ramos do Direito Público, fato que ocorreu já no período do Estado Moderno, em que o conceito de Estado de Direito ganhou força e começou a se desenvolver.

Por sua vez, isso só foi possível pelo fato do Estado de Direito estar pautado no “princípio da legalidade”, que fazia com que até mesmo os governantes se submetessem à Lei, ou seja, à Constituição, e também pelo “princípio da separação de poderes”, que tinha como objetivo principal garantir a preservação e a segurança dos direitos individuais, não só em questão de relações particulares, mas entre essas e o Estado também (PIETRO, 2002)

Nessa perspectiva, pode-se afirmar, na atualidade, que o Direito Administrativo nasceu das revoluções liberais, que surgiram com o propósito de derrubar o velho regime absolutista que vinha desde o período da Idade Média, quando o Rei colocava o seu poder acima do “bem e do mal”, criando a sua Lei e impondo a sua autoridade acima da Constituição. Como afirma a autora Pietro,

na Idade Média não houve ambiente propício para o desenvolvimento do direito administrativo, porque era a época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados *servos* ou *vassalos*. A vontade do monarca era a lei. (2002, p. 1)

É importante destacar que o Direito Administrativo constituiu a disciplina própria do Estado Moderno, tendo em vista que foi nesse período histórico que se começou a pensar nas normas delimitadoras da organização do Estado-poder, em que se buscou estabelecer as balizas prerrogativas dos governantes, bem como as suas relações que até então existiam com os seus governados.

Como aponta a autora Pietro (2002), o Direito Administrativo só se efetivou como disciplina autônoma quando se prescreveu o processo jurídico para atuação do Estado-poder. Isso ocorreu por meio de uma série de programas que vieram com o intuito de contribuir na realização das suas funções.

Sendo assim, é preciso esclarecer na presente pesquisa que, quando se afirma que o Direito Administrativo surgiu na França, é em decorrência da criação da jurisdição administrativa e da jurisdição comum. Foi por meio da jurisdição administrativa e de seu órgão de cúpula que se originaram as regras e princípios que norteiam hoje o nosso sistema de Direito Administrativo, tendo em vista que as suas fontes são ricas e contribuem muito na formação das normas constitucionais estabelecidas na nossa sociedade. Como afirma Pietro,

pode-se afirmar que o direito administrativo teve origem na França, em decorrência da criação da jurisdição administrativa (o sistema do contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum. Foi pela elaboração pretoriana dos órgãos de jurisdição administrativa, em especial de seu órgão de cúpula, o

Conselho de Estado, que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do direito administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países. (PIETRO, 2002)

Convém, ainda, ressaltar que a origem do Direito Administrativo pode estar atrelada também ao fato da necessidade de suprir as lacunas existentes no sistema de legislação, tendo em vista que o Direito Administrativo enquanto disciplina se formou direcionando-se basicamente para Administração pública e não para a privada, pautando em uma série de conceitos como serviço público, autoridade, especialidade de jurisdição, etc. (PIETRO, 2002).

Desse modo, trazer à tona uma discussão sobre a origem e as fontes do princípio do Direito Administrativo requer retroceder para um período histórico em que o Direito Administrativo ainda não existia, exceto como vimos até o momento, como um conjunto de normas que eram frequentemente aplicadas na Administração pública, porém não era sistematizado como um ramo autônomo.

No período colonial, quando o Brasil se tornou colônia de Portugal, o sistema jurídico de Leis existentes era o das “Ordenações Afonsinas”, que é considerado, atualmente, o primeiro dentre os três corpos de Leis elaborados entre o século XV e XVII pelos Reis de Portugal.

As Ordenações Afonsinas e a aplicabilidade de suas Leis vigoraram até 1511, quando foram substituídas, então, pelas “Ordenações Manuelinas”, que criaram cinco livros regulamentando os direitos e deveres gerais na sociedade, bem como a forma de aplicabilidade da Lei.

Embora essas Leis tivessem sido criadas para serem aplicadas no Brasil, na prática, o que realmente prevalecia, quando se tratava de aplicar uma Lei, era o uso de costumes, tendo em vista que esse era um elemento cultural importante nas tomadas de decisões.

Segundo a autora Virginia Maria Almoedo de Assis (2001, p. 45), a formação de um aparelho administrativo no Brasil pela Coroa Portuguesa tem início com o processo de criação e estabelecimento das Capitânicas Hereditárias, episódio no qual a Coroa Portuguesa busca ocupar, transformar e explorar a terra conquistada, pautando essa exploração sob o sistema jurídico de divisão de terras do Tratado de Tordesilhas.

Nessa ótica, a autora destaca que a rede de alianças, no Brasil Colonial, formada por clero, por colonos e por Coroa foi importante. Tendo em vista essa relação, proporcionou a formação de uma organização eclesial, em que a Igreja funcionava como uma estrutura administrativa e jurídica, estando, desse modo, a serviço do Estado.

Em se tratando da Legislação e dos Direitos Administrativos, no período colonial, se aplicavam no Brasil diversos tipos de atos normativos que eram feitos sob a forma de ofícios, alvarás, cartas régias etc., que provinham sempre do Monarca que representava o poder absoluto na sociedade.

O segundo tipo de uma organização e de um princípio de Direito Administrativo no Brasil foi quando se criou o cargo de Governo Geral. Essa mudança foi significativa para a elaboração e formação do atual princípio de Direito Administrativo, pois se passou de um sistema de Capitânicas para uma unidade

administrativa, o que veio muito a contribuir para disciplinar as normas e regimentos dos atuais princípios de Direito.

Nesse sentido, cabe destacar que, embora o Direito Administrativo não existisse de fato como um ramo autônomo, a necessidade de administrar sempre permeou o imaginário da existência coletiva. Por essa razão deve-se aos tempos modernos apenas a classificação das Leis administrativas, mas a sua normatização e regulação ocorreu na contemporaneidade.

A autora Pietro (2002, p. 07-08) afirma que o ato de administrar faz parte realmente de uma condição ampla da existência coletiva. Uma evidência a esse respeito seria o fato de, na época do Brasil Império, já existir uma consciência de que o Direito Administrativo era totalmente distinto do Direito Civil.

No entanto, como afirma a autora, era uma consciência que não possuía uma amplitude que se tem hoje, tendo em vista que o Direito Administrativo era visto como um complexo de Leis que havia sido criado para regulamentar a conduta do indivíduo e estabelecer as diretrizes básicas na sociedade.

É importante salientar que foi no período do Brasil Império que se criou de fato a cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos. Esse fato, atrelado aos diversos trabalhos de doutrinadores, contribuiu satisfatoriamente para desenvolver o Direito Administrativo que tanto contribui no direcionamento e ordenamento jurídico de nossas Leis.

Tais interferências podem ser encontradas na obra de Uruguay, o qual afirma que

o Direito Administrativo no Império é toda a construção da Jurisprudência administrativa feita pelo Conselho de Estado em suas diversas fases, é toda a legislação sobre terras, especialmente sobre terrenos de marinha e terras devolutas, é a legislação de águas, de minas, é a legislação sobre concessões ferroviárias e de portos, com traços marcantes e bem definidos, é o regime de garantias de juros, base do nosso desenvolvimento na origem da construção do nosso sistema de estradas de ferro e navegação, etc. É todo o debate em torno do contencioso administrativo, da competência dos tribunais administrativos e judiciais. É, ainda, a construção doutrinária, feita pelos professores e pelos tratadistas, Ribas, Pereira do Rêgo, etc. (1960, p. 35).

Em se tratando do período Republicano, nota-se que, após a sua instauração, o poder moderador e a jurisdição Administrativa foram suprimidos pelo fato de ter sido abandonada a grande influência francesa da dualidade de jurisdição. Após esse abandono, a jurisdição começa a se espelhar no modelo anglo-americano, sofrendo, desse modo, uma grande carga de influência que se encontra atualmente de certo modo intrínseca no ordenamento jurídico de nossas Leis.

Por sua vez, a influência anglo-americana na jurisdição contribuiu satisfatoriamente para que a jurisprudência ocupasse um papel de destaque no processo de criação do Direito. Nesse viés, Pietro que ressalta que

pode-se afirmar que o direito administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito norte-americano, no que diz respeito ao sistema de unidade

de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle pelo Poder Judiciário. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, ficou evidente que a influência predominante continuava sendo a do direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. Nisto afastou-se do sistema da *common law*, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada. (2002, p.15)

Embora a autora citada admita a influência anglo-americana na jurisprudência, ela destaca que, em se tratando do Direito pelos tribunais, o sistema norte-americano não é diferente do sistema adotado pelos órgãos administrativos franceses.

Sendo assim, percebe-se que durante essa primeira fase do período da República no Brasil o trabalho doutrinário voltado às questões do Direito Administrativo foi muito carente, necessitando, portanto, como aponta a autora, de maiores aprofundamentos.

Essa carência de trabalhos foi superada apenas a partir de 1934, com a nova Constituição vigente que permitiu o Direito Administrativo experimentar uma grande evolução na história, haja vista que essa Constituição funcionou como uma espécie de extensão da atividade do Estado, pautando-se nos aspectos sociais e econômicos, como afirma a autora Pietro:

a partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. Instituiu-se, inclusive, um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal. Ao contrário da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista, a de 1934, que se seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assume caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social. O Estado deixa a sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social. Organiza-se o funcionalismo por meio do estatuto funcional, previsto no art. 170 da Constituição. Ao funcionalismo já se asseguraram, nesse dispositivo, direitos básicos, até hoje existentes, como a estabilidade, a aposentadoria e a reintegração em caso de invalidação de demissão por decisão judicial; também foi prevista a exigência de concurso público para a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas. Foi proibida a acumulação de cargos públicos remunerados das três esferas de governo (art. 172), com ressalva para os cargos de magistério e técnico-científicos. O artigo 171 previu a responsabilidade solidária dos funcionários com a Fazenda Pública, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. (2002, p.16-17).

Sendo assim, nota-se que a Constituição de 1934 veio proporcionar à sociedade uma imensa contribuição, tendo em vista que foi por meio dela que se previu o processo especial de execução contra a fazenda, bem como se ampliaram os direitos e

garantias do indivíduo que outrora eram negados.

Foi por meio dessa Constituição que se instituiu o mandado de segurança e ação popular, fato que acarretou uma tentativa de se implementar um controle judicial sobre todos os atos Administrativos Públicos.

Convém destacar que não foi apenas a Constituição de 1934 que trouxe melhorias, as Constituições de 1937 e 1946 muito contribuíram, também, para disciplinar e ordenar a aplicabilidade das Leis Administrativas que ainda hoje estão presentes na sociedade por meio de Decretos.

Segundo Pietro (2002, p. 17), essas mudanças, por meio dessas Constituições, foram significativas para dar um novo sentido ao Direito Administrativo, tendo em vista que, aos poucos, o poder da polícia começou a crescer na sociedade, perpassando por todos os campos da vida.

Esse fato colaborou, também, para ampliar o rol de serviços públicos, pois a própria Constituição atribuía ao Poder Público diversas funções, tais como assistência social diária, saúde de qualidade e uma educação promissora, com objetivo de proporcionar aos jovens e adolescentes uma consciência crítica, autônoma e participativa na sociedade.

É importante enfatizar, neste estudo, que foi somente a partir da Constituição de 1934, atrelada à conjuntura político-econômica desse período, que o Direito Administrativo se consolidou como um ramo autônomo com institutos, princípios e regime jurídicos próprios (PIETRO, 2002).

Nesse sentido, não há dúvidas entre os estudiosos sobre a grande influência e importância do Direito estrangeiro no processo de formação do Direito Administrativo Brasileiro. A influência do Direito francês foi tão significativa que até os conceitos de serviço público e teoria dos atos administrativos usados na atualidade foram importados dos princípios basilares da França, como atesta Pietro:

não há dúvida de que foi grande a influência do direito estrangeiro na formação do direito administrativo brasileiro. Grande foi a influência do direito francês, do qual foram importados alguns dos institutos e princípios basilares do direito administrativo, como os conceitos de serviço público, a teoria dos atos administrativos, a da responsabilidade civil do Estado (teoria da culpa do serviço público e teoria da responsabilidade objetiva, consagrada, em nível constitucional, a partir da Constituição de 1946), a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade; a teoria dos contratos administrativos; a forma de delegação da execução do serviço público ao particular, pelo instituto da concessão de serviço público; e a própria idéia de que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum. (2002 p. 18).

Desse modo, é preciso esclarecer, no presente estudo, que não foi apenas a França que influenciou a formação do Direito Administrativo no Brasil, os Italianos também contribuíram de forma significativa nesse processo.

A influência Italiana no Direito Administrativo se faz presente quando tratamos de temas específicos do Direito Administrativo, como noção do mérito do ato administrativo, de autarquia, de entidade paraestatal, etc. Isso fica comprovado

quando recorreremos ao que Pietro diz:

é inegável também a contribuição do direito italiano, que se percebe nitidamente em alguns temas específicos do direito administrativo, como a noção de mérito do ato administrativo, de autarquia, de entidade paraestatal (dois vocábulos criados no direito italiano), na noção de interesse público e tantas outras para as quais os autores italianos muito contribuíram, não só aqui, mas em outros países, porque, ao lado dos alemães, mudaram o próprio método de estudo do direito administrativo; este, com efeito, sendo de formação jurisprudencial, era elaborado a partir de casos concretos, sem muita preocupação com a sistematização; a doutrina alemã e a italiana contribuíram para a adoção de um método técnico-científico. (2002, p. 18).

Insta destacar, também, que a doutrina portuguesa e espanhola muito contribuiu na formação do Direito Administrativo no Brasil, tendo em vista que o próprio sistema de “sesmarias” adotado pelos portugueses no Brasil influenciou de forma decisiva a futura formação do Direito Administrativo.

Desse modo, percebe-se que o Direito Administrativo representa, hoje, na sociedade, uma ciência verdadeira, positiva e completa, tendo em vista que ele se divide com direito civil com o público positivo, como bem observa Pietro:

mesmo os princípios do direito administrativo, como os da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, interesse público, razoabilidade e tantos outros mencionados pela doutrina passaram, em grande parte, a ser previstos no direito positivo, alguns na Constituição (art. 37 da Constituição de 1988), outros em leis ordinárias, como a lei de licitações e contratos (Lei nº 8.666, de 21-6-93), lei do processo administrativo federal (Lei nº 9.784, de 29- 1-99), lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92). Houve, no Brasil, uma “positivação” do direito administrativo, aumentando consideravelmente a sua rigidez. (2002, p. 19).

Diante do exposto, compreender, na contemporaneidade, a origem do Direito Administrativo é extremamente importante, já que ele se firmou como ramo autônomo a partir de 1934 e, desde então, vem passando por uma significativa transformação, a qual busca acompanhar a própria evolução do Estado.

2.2 Conceito

Promover uma discussão conceitual sobre o Direito Administrativo é de fundamental importância, visto que este conceito pode ser elaborado de várias maneiras. Daí decorre a necessidade de se compreenderem as suas especificidades e, principalmente, a sua aplicabilidade na sociedade.

Segundo Hely Lopes Meireles (1996, p. 29), o “Direito Administrativo faz parte de um conjunto harmônico de princípios que tem o objetivo de reger os órgãos, os agentes e as atividades públicas, realizando de forma concreta, direta e imediatamente os fins desejados do Estado”.

Celso Bandeira Melo (2012, p. 32) nos fornece, por meio de seus estudos, outra

contribuição sobre esse conceito, afirmando que o “Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que foi criado com o intuito de disciplinar as funções Administrativas, exercendo deste modo uma função primordial na sociedade”.

Nessa perspectiva, a Maria Sylvia Di Pietro, que é uma referência no assunto, afirma que

o Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, atividade Jurídica não contenciosa que exerce e os bens que utiliza para a consecução de seus fins, de natureza Pública (2013, p. 41).

É importante destacar, neste estudo, que o Direito Administrativo, com toda a sua vasta riqueza de historicidade, pertence ao ramo do Direito Público, portanto se debruçar na análise desse conceito é importante, tendo em vista que ele está submetido a regras de caráter público que corresponde tanto ao Direito Constitucional quanto ao Direito Público.

Outro ponto relevante no que tange ao Direito Administrativo é que o mesmo é considerado um Direito não codificado, ou seja, não pode em hipótese alguma ficar reunido em uma única Lei, mas sim em um conjunto de Leis específicas que são denominadas, na atualidade, de “leis esparsas”.

Cabe ressaltar que o objeto de estudo do Direito Administrativo não está voltado apenas para as atividades públicas, mas sim para a organização e estrutura da Administração Pública, já que possui regras que são traduzidas para a sociedade por meio de Princípios Constitucionais e Infraconstitucionais que precisam ser decodificados.

Assim, embora o Direito Administrativo seja considerado um conjunto de normas e princípios para reger a Administração Pública, o Direito Administrativo Pátrio não pode ser considerado contencioso, pois não existe uma previsão totalmente legal de Tribunais e Juízes Administrativos unidos ao Poder Judiciário, principalmente no que diz respeito à questão de litígios que a própria Constitucional confere poder aos mesmos para julgar.

Nessa ótica, é preciso ressaltar que o Direito Administrativo constitui, como aponta Roberto Moreira (2013, p. 3), uma unidade “indivisível, maciça e monolítica”, voltada, particularmente, para fins de cunho didáticos e científicos, que busca facilitar a compreensão de seus estudos.

O Direito Administrativo, porém constitui uma unidade indivisível, maciça e monolítica. Reconhece-se, todavia, principalmente para fins didáticos e científicos, como forma de facilitar os estudos, a autonomia do Direito Administrativo já que podemos compreender o seu estudo a um grupo de normas que apresentam homogeneidade particular, seja, em relação ao seu objeto (campo próprio de atuação), seja em relação a seus institutos (afetação, desafetação, autotutela, desapropriação, licitação) e métodos de investigação próprios, seja em relação a alguns princípios norteadores e poderes (estudados adiante) que integram um verdadeiro regime jurídico-administrativo (MOREIRA, 2013, p. 3).

Nessa perspectiva, convém lembrar que o Direito Administrativo se correlaciona com vários outros campos do saber jurídico. Embora ele possua, de certo modo, institutos únicos independentes e princípios particulares, na prática possui uma determinada autonomia. Essa, por sua vez, remonta a grande influência que a doutrina francesa exerceu no processo de constituição do Direito Administrativo Brasileiro.

Desse modo, nota-se que o conceito de Direito Administrativo perpassa, na contemporaneidade, por vários olhares de autores, dependendo, portanto, da conotação dos mesmos e de sua obra, tendo em vista que as informações e os mecanismos didáticos dos autores sempre irão influenciar na formulação do conceito de Direito Administrativo.

2.3 Fontes do Direito Administrativo

Antes de discorrer sobre a classificação das fontes do Direito Administrativo e sua aplicabilidade na sociedade, convém historicizar a palavra “fonte”, que, no vocábulo de Direito, possui diversos significados.

O vocábulo “fonte” detém diversas significações para o Direito. Diferencia três delas. Em primeiro lugar, menciona fontes que determinam o pensamento e o comportamento humano e, por consequência, o Direito. São por isso mesmo, fontes de “construção do Direito” (*Rechtserzeugungsquellen*), dentre as quais se incluem tanto fatores morais e religiosos, como também aspectos climáticos e geográficos aos quais está sujeita uma nação. Além disso, existem fontes de “valoração do Direito” (*Rechtswertungsquellen*), representadas por princípios e valores de uma sociedade que servem de critério para o ordenamento jurídico, tal como a justiça, a igualdade, a racionalidade etc. (OSSENBÜHL 2002, apud MARRARA, 2013, p. 28).

Sendo assim, percebe-se que há, ainda, as fontes de reconhecimento do Direito que são particularmente consideradas, no Brasil, como verdadeiros veículos introdutórios de normas. “Um arquétipo claro que exemplifica esta situação são as Constituições, as Leis, os atos normativos da administração e etc. que são fontes extremamente importantes que servem de apoio para fundamentar algo como Direito”. (OSSENBÜHL, 2002, apud MARRARA, 2013, p. 28).

Nesse sentido, nota-se que as fontes de reconhecimento do Direito são, na verdade, fatos ou atos que permitem o nosso ordenamento jurídico produzir e desenvolver, de forma satisfatória, normas jurídicas. Essas, para serem válidas na sociedade, precisam ser derivadas de atos reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que sem essa validação as mesmas não poderão ser utilizadas na fundamentação da ação privada, o que acarreta em um grave problema.

Em curtas palavras, as fontes do Direito Administrativo são basicamente a maneira pela qual surgem as normas jurídicas. Em seus estudos, a autora Maria Bernadete Miranda destaca que

o Direito Administrativo é formado a partir de quatro fontes: a lei em sentido amplo (fonte primária), a doutrina (teoriza e explica a lei), a jurisprudência (reiteração de julgamentos num mesmo sentido) e o costume (a prática reiterada de

certos atos administrativos), que ainda tem certa influência devido à deficiência da legislação. (2008, p. 2).

Contrapondo a afirmação da autora citada, em seu artigo, Tiago Marrara afirma que as fontes do Direito Administrativo não podem ser classificadas apenas em quatro fontes, mas sim em diversas fontes e maneiras.

De modo geral, as fontes do Direito Administrativo podem ser classificadas de muitas maneiras, dentre as quais vale destacar: 1) *Quanto ao procedimento* de sua expedição: fontes legislativas (e.g. lei ordinária), fontes jurisprudenciais (e.g. súmula vinculante) e fontes administrativas (e.g. portarias). 2) *Quanto à sua forma de manifestação* na realidade: fontes escritas (e.g. leis) e não-escritas (e.g. costume). 3) *Quanto ao seu uso* no caso concreto: fontes de aplicação obrigatória (e.g. Constituição) e fontes de uso opcional (e.g. doutrina). 4) *Quanto ao poder que emana* dos mandamentos que contêm: fontes de normas vinculantes (e.g. Constituição) e fontes de normas indicativas (e.g. jurisprudência administrativa no Brasil). 5) *Quanto à sua hierarquia*: fontes primárias (e.g. Constituição), secundárias (e.g. resoluções) e subsidiárias (e.g. doutrina). (MARRARA, 2013 p. 28-29).

Assim, fica evidente que, embora as fontes do Direito Administrativo sejam semelhantes, há diversas particularidades entre as mesmas, um arquétipo claro que se pode citar nesse estudo é a questão do “costume”, que é válido no campo do Direito Administrativo.

Outro exemplo que merece ser destacado são as fontes legisladas Municipais ou Estaduais que, em contrapartida, são consideradas por muitos estudiosos como fonte de Direito Administrativo.

Nesse sentido, o entendimento das fontes do Direito Administrativo se apresenta, na sociedade, como uma medida urgente a ser tomada, pois a falta de sua compreensão tem levado muitos administradores como Juízes, promotores, conselheiros Tribunais, etc. a adotarem normas que não são coerentes ao Poder Público, o que tem gerado um grande problema.

Desse modo, necessário se faz compreender os tipos de fontes do Direito Administrativo, tendo em vista que esse entendimento é fundamental para se compreender o bloco normativo que tem a função de promover uma orientação sobre a ação estatal e, conseqüentemente, garantir uma verificação da legalidade administrativa.

É preciso, portanto, que os administradores (juízes, promotores e conselheiros) familiarizem com essas fontes, de modo que as mesmas possam servir de ferramenta para se compreenderem as normas aplicáveis a um comportamento do Poder Público.

3 Aprofundando o objeto de estudo

3.1 Fontes legislativas

Esta seção tem como objetivo abordar a importância das fontes Legislativas, Constitucionais e Administrativas, enfatizando a aplicabilidade das mesmas no cenário

político-econômico social do Brasil.

A principal fonte do Direito Administrativo é as Leis, ou seja, a Constituição Federal, as Constituições Estaduais, as Leis Orgânicas dos Municípios, etc.. Todos esses diplomas de gênero compõem o que denominamos, categoricamente, na atualidade, de Fontes Legislativas ou Fontes Legisladas, como também são conhecidas. Estas, por sua vez, se caracterizam pela sua forma escrita e pela sua obrigatoriedade, que faz com que a apresentem, na sociedade, um conteúdo vinculante de natureza primária em relação a outros tipos de fontes.

Segundo Tiago Marrara (2013, p. 29), por possuir essas características descritas, as “Fontes Legislativas são consideradas as mais importantes para o Direito Administrativo brasileiro, tendo em vista que ela funciona em nome do povo com o simples objetivo de reafirmar que o Estado existe e que atua”.

Nesse sentido, é preciso considerar que a estrutura federativa brasileira, considerada bipartite desde a Constituição de 1889 e tripartite depois da Constituição de 1988, permitiu que as fontes legislativas se estabelecerem em três grandes esferas: Federais, Estaduais e Municipais, como afirma Tiago Marrara:

em virtude da estrutura federativa brasileira – bipartite desde a Constituição de 1889 e tripartite após a Constituição de 1988 –, as fontes legislativas podem ser federais, estaduais e municipais. Em alguns campos do Direito, essa tripartição federativa é pouco importante pelo fato de haver competência exclusiva de uma ou outra esfera da federação para tratar certa matéria, como se vislumbra em relação à União em muitos casos (art. 22 CF). Para o direito administrativo, contudo, dada a competência de auto-organização dos entes federativos, bem como a competência material exclusiva ou comum para determinados serviços e atividades (art. 23 CF), as fontes legisladas das três diferentes esferas são de igual importância. Na prática, tais fatores multiplicam as fontes e as normas que regem esse ramo do Direito, tornando-o bastante complexo em relação àqueles regidos, por exemplo, por Códigos expedidos pela União. (2013 p. 30).

É importante destacar, neste estudo, que a Lei é considerada a fonte primordial do Direito Administrativo brasileiro, tendo em vista que o seu vocábulo abrange a Constituição, especialmente as suas regras e princípios administrativos, bem como seus atos normativos primários (leis complementares, ordinárias, delegadas), que devem, em contrapartida, ser urgentemente incluídos nos termos e limites das leis.

Diante do exposto, é preciso enfatizar que o Direito Administrativo brasileiro é formado a partir de um conjunto de normas que estão contidas em diplomas legislativos esparsos, tendo em vista que os mesmos não são sistematizados em um Código geral como o direito civil, penal, processual, etc.. Portanto, o agir da autoridade pública exige debruçar-se em uma análise profunda desses diplomas específicos, já que os mesmos são categorizados e editados por várias esferas federadas.

3.2 Fontes Constitucionais

Discorrer sobre as fontes constitucionais é imprescindível, tendo em vista que as mesmas são consideradas a categoria típica dos Estados Federados. Isso se atribui ao

fato dos Estados unitários possuírem uma Carta Constitucional única que faz com que a espécie se confunda com a categoria.

Embora seja diferente, existe, nas Federações, como aponta Thiago Marrara (2013, p. 30), “certa pluralidade de entes políticos, ou seja, do Poder de se organizar e legislar em matérias que lhes foram concedidas pelo Poder Constituinte”.

Cabe destacar que o fato de o Brasil estar pautado em uma estrutura Federativa faz com que ele possua normas que, em suas especificidades, trazem os princípios fundamentais da existência e do fundamento da Administração, que são propriamente os Estados. É por meio do mesmo que se apresentam, na sociedade, as Constituições Estaduais (art. 25 CF), já no Distrito Federal e nos Municípios são apresentadas as Leis Orgânicas (art. 29 e 32 CF).

Segundo Thiago Marrara (2007, p. 30), todos esses documentos apresentados compõem o que podemos denominar de fontes constitucionais, tendo em vista que o cume da pirâmide normativa, em cada nível federativo, deve um grande respeito à Constituição Federal, que é considerada, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a fonte de validade de todo o sistema.

Nessa perspectiva, nota-se que a Constituição Federal de 1988 é considerada, na atualidade, a fonte de legalidade formal e material de toda a ação administrativa, haja vista que ela é inspirada na doutrina e na jurisprudência do trabalho de sistematização do Direito Administrativo. Todo esse processo é revestido de uma grande previsão de incontáveis normas jurídicas que, de certo modo, condicionam e direcionam a ação estatal.

Tais interferências a respeito das normas jurídicas que condicionam e direcionam a ação estatal podem ser vistas nos estudos de Thiago Marrara, que afirma que,

de um lado, tais normas concentram-se em um capítulo a respeito “da Administração Pública” (art. 37 e 38) e outro sobre os servidores públicos (39 a 41). Ademais, a Carta traz normas acerca de: entes da Administração Direta (Ministérios e Presidência da República, art. 76 e seguintes); entes da Administração Indireta (art. 37, incisos XIX e XX, art. 173, § 1º CF); bens públicos (art. 20, 26, 176); espécies de serviços públicos e entes competentes para prestá-los (principalmente nos art. 21, 25 § 2º e 30); formas de prestação de serviços públicos (art. 21, inciso XII e 175); fomento estatal (art. 179, 180, 205, 215); condições e casos para intervenção do Estado na economia (art. 173, *caput* e art. 177); possibilidades excepcionais de restrição da liberdade (art. 5º, incisos XI, XII, XVI) e da propriedade (art. 5º, incisos XXIV e XXV, art. 182, §§ 3º e 4º, art. 184, *caput*, art. 243); direitos fundamentais de pessoas físicas e jurídicas exercitáveis perante o Estado (art. 5º em geral); fundamentos do processo administrativo (art. 5º, incisos LIV, LV, LVI, LXXVIII); instrumentos de controle contra abusos e ilegalidades praticados pela Administração Pública (art. 5º, incisos LXVIII a LXXIII, 37, § 6º, 49, inciso X, 70, *caput*, 103-A, § 3º) etc. (2013, p. 31).

Nesse sentido, ao debruçarmos em uma análise minuciosa sobre essas normas jurídicas, o que se pode perceber é que as mesmas não dedicam um capítulo sequer sobre o Direito Administrativo que, *a priori*, parece não ter relevância para os

Legisladores, que são os responsáveis pela elaboração das leis jurídicas existentes em nossa sociedade.

É preciso ressaltar que a Constituição de 1988 foi bastante inovadora e significativa, no entanto ela não alterou a estrutura do Direito Administrativo, pautado no princípio da autoridade e no controle da atividade administrativa pelos cidadãos. Ela abarcou apenas uma série de elementos, como “Organização administrativa, patrimônio administrativo, formas de ação restritiva e prestativa do Poder Público, bem como os mecanismos de responsabilização e controle de suas condutas quer por outros Poderes, quer pelo cidadão” (MARRARA, 2013, p. 31).

Sendo assim, percebe-se que essa quantidade de normas constitucionais presentes no Direito Administrativo se deve a diversos fatores que envolvem outros fatores além das dificuldades ou erros de técnica legislativa, tendo em vista que, no processo da Constituinte, os interesses e as necessidades de uma sociedade plural e desigual como o Brasil devem ser levados em consideração.

Segundo Thiago Marrara, essa hipertrofia constitucional ocasionou uma série de consequências na sociedade.

Essa hipertrofia constitucional – pouco vista inclusive nos Estados mais sociais do mundo – também resultou do temor de que o Estado – a exemplo do que aconteceu nas fases ditatoriais anteriores – passasse a atuar fora dos limites para o qual foi autorizado pelo povo a fazê-lo, suprimindo, eventualmente, o núcleo fundamental dos mais basilares direitos do cidadão. Se a Constituição foi redigida de modo abrangente, isso ocorreu também em virtude dessa sensação de desconfiança em relação ao Estado, sensação que atinge, até hoje, o Legislativo, o Executivo e, inclusive, o Judiciário (MARRARA, 2013, p. 32).

Convém destacar que todas essas razões de âmbito jurídico-positiva fazem com que a Constituição de 88 seja a fonte mais importante do Direito Administrativo no Brasil. Isso ocorre pelo fato da Constituição ainda possuir um significativo papel no cerne do sistema, tendo em vista que ela é bastante rica em regras e princípios do Direito Administrativo, razão pela qual faz com que a sua base sirva de espelho no processo de sistematização do mosaico de normas da disciplina.

Diante disso, é preciso enfatizar que as fontes do Direito Constitucional são, na verdade, as maneiras e as formas em que se fixam e criam os preceitos constitucionais.

Esses preceitos, por sua vez, têm uma grande importância na sociedade, tendo em vista que as fontes do Direito Constitucional se dividem em duas fontes, a saber: fontes mediatas e imediatas, sendo que a primeira diz respeito à história, aos costumes, à doutrina e à jurisprudência e a segunda diz respeito à Constituição e às suas Leis de conteúdo constitucional.

3.3 Fontes Administrativas

Embora a interminável legislação que rege o Direito Administrativo seja muitas vezes contraditória e confusa, é imprescindível fazer uma referência, neste presente estudo, ao papel e à importância que as fontes administrativas têm no campo de

Direito.

Segundo Debbasch e Colin (2007, *apud* MARRARA, 2013, p. 34), em se tratando de um Estado de Direito, a administração pública tem por obrigatoriedade respeitar todo o conjunto de fontes de direito referente a cada nível de hierarquia administrativa. Isso se dá pelo fato de cada agente ter que respeitar o bloco de regras exteriores que permeiam a administração, bem como as suas regras produzidas em nível superior de hierarquia.

Nessa ótica, podemos caracterizar as fontes administrativas como atos expedidos por autoridade pública, tendo em vista que, no exercício de funções administrativas, elas contêm normas gerais/abstratas ou concretas/individuais, que têm a função de direcionar o comportamento de outros agentes internos ou externos da administração pública.

Convém destacar que as fontes administrativas não são meramente ordens de efeitos internos e restritos. Em suas particularidades elas acoplam tanto a administração pública quanto os entes e órgãos, exercendo uma função extremamente importante, que é controlar a legalidade administrativa dentro do sistema jurídico pátrio, como afirma Thiago Marrara:

ao vincularem as autoridades públicas, essas fontes também se tornam de observância obrigatória pelo juiz no julgamento de casos concretos, desde que sejam consideradas legais e constitucionais. As fontes administrativas não são, pois, meras ordens de efeitos internos e restritos; elas vinculam tanto a Administração Pública quanto os entes e órgãos que têm a função de controlar a legalidade administrativa dentro do sistema jurídico pátrio. Trata-se, assim, de um tipo de fonte escrita, de conteúdo vinculante ou indicativo, de conteúdo secundário, mas, inegavelmente, de observação obrigatória no âmbito do ente público ou da atividade pública que rege. O aspecto secundário da fonte administrativa não significa que ela seja de uso optativo, que possa ser deixada de fora do bloco normativo a critério da conveniência e oportunidade do administrador público ou mesmo dos órgãos de controle da Administração. (2013, p. 34-35).

Nessa perspectiva, percebe-se que o ato normativo ocupa um papel relevante dentro do conjunto de fontes administrativas, tendo em vista que ele é uma espécie de ato da administração pública, composto por normas extremamente importantes que apresentam um caráter geral e abstrato.

Vale, ainda, destacar que tais atos contêm normas que se limitam a produzir diversos efeitos internos a determinado órgão ou entidades, o que acarreta, como aponta Marrara (2013, p. 35), normas que geram efeitos externos ao órgão ou entidade que os edita, sendo, esse processo, compreendido como Leis em sentido material.

Diante do exposto, cabe dizer que existem, ainda, muitas discussões acerca das fontes constitucionais. A presente seção buscou mostrar que o problema fundamental dessa fonte está atrelado à falta de sistematização legislativa e doutrinária da mesma no tocante às suas espécies, conteúdo e função.

Portanto, não há dúvidas, na atualidade, de que as resoluções, portarias, deliberações e instruções normativas sejam, de fato, espécies de fontes administrativas.

O que é preciso esclarecer é que o papel que cada uma dessas fontes desempenha, no direito positivo brasileiro, ainda não é claro, razão motivadora da abordagem dessa temática.

4 O Direito Administrativo brasileiro: superando velhos paradigmas

4.1 A evolução do Direito Administrativo

Discorrer sobre a evolução do Direito Administrativo não é uma tarefa fácil, tendo em vista que o constitucionalismo contemporâneo que se verificou no Brasil após a Constituição Federal de 1988 impôs uma série de transformações, principalmente no que se refere à forma de se compreender o ordenamento jurídico.

Segundo Caio Watkins (2011, p. 11), a Constituição é muito importante na sociedade, já que ela “é o ápice do sistema normativo, tendo como função principal regular uma diversa gama de assuntos que vão desde a organização do Estado à previsão de garantias individuais do indivíduo que se encontram pautadas na dignidade da pessoa humana”.

Nesse sentido, é importante destacar que, ao longo dos anos, os diversos princípios constitucionais adquiriram uma grande força normativa e autoaplicabilidade que contribuíram para que os mesmos fossem invocados, embora na ausência da regulamentação infraconstitucional.

Essa força normativa que os princípios constitucionais adquiriram foi significativa para promover a irradiação de todo o nosso ordenamento jurídico que, em suas particularidades, influenciou os mais variados ramos do Direito que, em contrapartida, tiveram que ser relidos pela lente da Constituição.

Insta destacar que, em seu percurso de evolução, o Direito Administrativo não ficou alheio a esse processo de constitucionalização, ao contrário, acompanhou toda a evolução à luz dos princípios constitucionais, tendo em vista que o mesmo foi significativo para modelar seus princípios e normas jurídicas.

Em seus estudos, Gustavo Binbenojm (2008, p. 01) esclarece que esta ideia de uma origem liberal e garantística do Direito Administrativo, forjada por meio de uma grande e milagrosa sujeição da burocracia estatal à Lei e aos direitos individuais, não passa, na história brasileira, de um grande “mito” que precisa ser desconstruído na sociedade.

Nessa ótica, percebe-se que os estudos desenvolvidos nos últimos dois séculos têm revelado de forma significativa que “a construção teórica do Direito Administrativo não se deveu nem ao Estado de Direito e muito menos aquela velha reprodução do princípio da separação de poderes” (BINENBOJM, 2008, p. 1).

É preciso reiterar que o Direito Administrativo brasileiro se estruturou a partir de premissas teóricas pautadas no princípio da autoridade e não com o comprometimento das conquistas individuais e democráticas do cidadão. Essas foram silenciadas e esquecidas, tendo em vista que o “Direito Administrativo nasceu da superação do Antigo Regime, o que contribuiu para o mesmo preservar este instrumento e manter na prática a mesma lógica de poder” (BINENBOJM, 2008, p. 01).

Desse modo, se torna inadmissível, na contemporaneidade, aceitar que o

processo de evolução do Direito Administrativo se deu por meio de um surgimento milagroso, recheado de boas intenções voltadas à liberdade, à proteção da cidadania do indivíduo e ao controle jurídico.

É importante enfatizar que a evolução do Direito Administrativo ocorreu por meio de uma sucessão de impulsos contraditórios, fruto de um produto de uma grande tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade, como afirma o autor Gustavo Binenbojm:

nada obstante, se, de um lado não é mais possível compactuar com a visão romântica de um surgimento milagroso e pleno de boas intenções (voltadas permanentemente à proteção da cidadania e ao controle jurídico do poder), tampouco seria lícito advogar que uma monolítica razão maquiavélica (no sentido de uma lógica de preservação do poder) esteve sempre por trás de todo o desenvolvimento do Direito Administrativo. Mais é correto pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de impulsos contraditórios, produto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade. Se, em sua origem o Direito Administrativo se traduzia em uma normatividade marcada pelas ideias de parcialidade e desigualdade, sua evolução histórica revelou um incremento significativo daquilo que poderia se chamar de vertente garantística, caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos. Nada obstante, como se verá a seguir, essa não foi uma tendência constante progressiva e unidirecional, sendo antes combinada com a estratégia de fugas à rigidez das formas e as restrições legais à liberdade decisória da Administração. Constituída pelo trabalho desses dois vetores contraditórios, a dogmática administrativa reflete este caráter ambíguo em inúmeros de seus institutos e na fragilidade de sua estrutura teórica. (2008, p. 2)

Sendo assim, embora o Direito Administrativo tenha sido criado sob o signo do Estado de Direito com o objetivo de solucionar conflitos entre a autoridade (poder) e a liberdade (direitos individuais) do indivíduo, o mesmo passou, ao longo do percurso de sua evolução, por um processo de descolamento do Direito Constitucional que trouxe sérias consequências para a sociedade.

Segundo Gustavo Binenbojm (2008, p. 2), essas consequências se fizeram presentes na sociedade por meio da própria descontinuidade das constituições que entra em contraste com a continuidade da burocracia, tendo em vista que as mesmas contribuíram satisfatoriamente para que o Direito Administrativo se nutrisse de “categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio as sucessivas mutações constitucionais”.

Diante disso, nota-se que o processo de evolução do Direito Administrativo enfrenta, ainda, na contemporaneidade, muitas contradições, tendo em vista que essas foram construídas e reproduzidas em momentos históricos diferentes, o que acarretou, para o Brasil, a formação da crise dos paradigmas do Direito Administrativo, que será tratada no próximo tópico deste estudo.

4.2 A crise dos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro

Discutir sobre a crise dos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro é imprescindível em uma pesquisa, já que se trata de um elemento problemático e contraditório de se compreender na sociedade.

O Direito Administrativo brasileiro passou por muitas transformações ao longo do seu processo de evolução. No entanto, esta nova interpretação que se deu ao mesmo representou uma grande ruptura com antigas concepções teóricas e, por sua vez, colocou em xeque muitos paradigmas do Direito Administrativo.

Tais interferências a esse respeito podem ser vistas nos estudos de Caio Watkins, que afirma que

a nova interpretação dada ao Direito Administrativo, à luz dos princípios Constitucionais representou uma importante ruptura com algumas antigas concepções teóricas aplicadas a esse ramo da ciência jurídica, impregnadas de reformulações mais comprometidas com a preservação da autoridade da administração pública do que com a realização plena do Estado Democrático de Direito. Assim foram postos em xeques clássicos paradigmas do Direito Administrativo em especial, a vinculação da atividade administrativa a Lei, a supremacia, a priori e absoluta, do interesse público e a intangibilidade do mérito dos atos administrativos discricionários. Atualmente a melhor doutrina tem sustentando que: a Constituição é não mais a Lei, representa o ponto de capital da vinculação administrativa, de modo que a vinculação se daria a juridicidade e não meramente a legalidade, definição do conceito de interesse público, e de sua apregoada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro ao livre arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados e a discricionariedade deixa de ser um espaço de liberdade de escolha do administrador, transformando-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela Lei com vistas a otimização do grau de juridicidade da decisão administrativa (2011, p. 11-12).

Desse modo, percebe-se que os paradigmas citados colocados em xeque ocasionaram, na contemporaneidade, uma crise do Direito Administrativo, haja vista que esses paradigmas não se constituem apenas no novo, mas exibem alguns vícios de origem.

Embora o Estado Moderno tenha passado por várias transformações desde a ascensão do Estado providência até o seu colapso, isso não impediu que ocorresse a emergência do Estado democrático de Direito, bem como o agravamento do descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades das sociedades contemporâneas no que tange à administração pública.

Marçal Just Filho (2005, *apud* BINENBOJM, 2008, p. 06), em seus estudos sobre a crise dos paradigmas do Direito Administrativo, afirma que

o instrumental teórico do Direito Administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade,

discricionariedade administrativa. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo se relaciona com a disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar (...) o conteúdo e as interpetações do Direito Administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do Direito Administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás.

Sendo assim, é imprescindível indentificar os quatro paradigmas clássicos no Brasil que, segundo Gustavo Binbenojm (2008, p. 06-07), se encontram em xeque na atualidade pelo fato das intensas transformações que ocorrem na nova configuração do Estado democrático de Direito. Em relação a esses quatro paradigmas clássicos, o autor aponta que são:

I - O dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fato de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico administrativo. II - A legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse. III A intangibilidade do mérito administrativo consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição unitária), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa. IV - A ideia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo (como os Ministérios e a Presidência da República). Na tradição do constitucionalismo Brasileiro, a fórmula da administração unitária é sintetizada, como no atual artigo 84, inciso II da Constituição de 1988, na competência do chefe do executivo para exercer a direção superior da Administração, com o auxílio dos Ministros do Estado (BINENBOJM, 2008, p. 6-7).

Nessa perspectiva, percebe-se que o agente condutor básico da superação de tais categorias jurídicas se pauta na ideia de constitucionalização do Direito Administrativo que, por sua vez, serve como medida de alternativa ao déficit teórico que sofre uma grande adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático.

Convém destacar que essa adoção de sistema de direitos fundamentais e democráticos se traduz, na sociedade, por meio de princípios e regras Constitucionais que se pautam na atuação da administração pública que, como aponta Gustavo Binbenojm, é permeada de vetores que convergem no princípio de

maior dignidade da pessoa humana e, I: ao se situarem acima e para além da Lei. II: vincularem juridicamente o conceito de interesse público. III: estabelecerem as balizas pricipiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa, e IV: admitirem um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço do velho Direito Administrativo. (BINENBOJM, 2008, p. 7)

Diante do exposto, nota-se que a tarefa de desconstrução de velhos paradigmas e a proposição de novos no campo do Direito Administrativo não é algo tão fácil de se implementar, tendo em vista que a tessitura constitucional assume um papel primordial nesse processo, o que a leva a funcionar como diretriz normativa e legitimadora das novas categorias.

4.3 A constitucionalização do Direito Administrativo: avanços e retrocessos

Discorrer sobre os avanços e retrocessos do Direito Administrativo brasileiro é muito importante, já que, para se compender a sua atuação na atualidade, necessário se faz nos debruçarmos em seu contraditório percurso histórico.

Segundo Gustavo Binenbojm (2008), o contraditório percurso histórico do Direito Administrativo se construiu por meio de princípios pautados na concepção da lógica da autoridade do que propriamente a liberdade. Essa, por sua vez, não teve espaço, tendo em vista que a autoridade foi o carro mestre que permeou todo o processo de evolução do Direito administrativo, mesmo com o advento da Constituição de 1988, que trouxe inovações de espírito democráticos, os princípios de conservação da autoridade se mantêm presentes e intrínsecos em nossa Constituição, como afirma o autor:

de fato, em seu contraditório percurso histórico, o Direito administrativo erigiu institutos muito mais voltados a lógica da autoridade do que a lógica da liberdade. Daí que categorias administrativas básicas como o interesse público, poder de polícia, serviço público tenham sido elaboradas ao largo de qualquer consideração dos direitos fundamentais. Só recentemente alguns publicistas brasileiros atentaram para a imperiosa necessidade de redefinir tais categorias em deferência a supremacia da Constituição e a centralidade dos Direitos fundamentais na ordem jurídica e na própria estrutura teleológica do Estado (BINENBOJM, 2008, p. 26).

Em se tratando dos Direitos Fundamentais citados, cabe ressaltar que todos os poderes do Estado têm por objetivo promover a plena satisfação dos Direitos fundamentais do cidadão, tendo em vista que, quando o Estado propriamente dito se desvia ou não cumpre isso, ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando e, na perspectiva jurídica, se desconstitucionalizando, o que representa, na sociedade, um grande problema a ser solucionado.

Em seus estudos, Marçal Justen Filho (2005, *apud* BINENBOJM, 2008, p. 26) nos fornece uma significativa contribuição sobre o Direito Administrativo, afirmando que o mesmo “faz parte de um conjunto de normas jurídicas importantes do Direito Público

que tem como objetivo disciplinar todas as atividades administrativas”. Essas são necessárias para “promover a realização dos Direitos fundamentais do indivíduo, a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais”.

Sendo assim, nota-se que o objeto do Direito Administrativo não se esgota na temática dos Direitos fundamentais, ao contrário, esses apresentam-se como direitos às prestações positivas que podem ser tanto de natureza concreta e material quanto de natureza normativa, tendo em vista que o direito de ir e vir do indivíduo pressupõe um conjunto de atividades do Poder Público que tem a função de manter e preservar esses direitos.

Tais interferências a esse respeito podem ser vistas nos estudos do autor Gustavo Binbenbojm, quando este afirma que

mais recentemente vem a doutrina aludindo os Direitos fundamentais como Direitos a organização e ao procedimento, para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização tanto de providências estatais com vistas a criação e conformação de órgãos, entidades ou repartições (organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como e o caso das garantias constitucionais-processuais (direito de defesa, direito a proteção judiciária, direito a não auto-incriminação). (2008, p. 27-28).

É preciso reiterar, ainda, no presente estudo, que os Direitos fundamentais não podem ser pensados apenas sob a ótica dos indivíduos enquanto faculdades ou poderes de que esses são titulares. Ao contrário, eles precisam ser pensados, também, sob o olhar da comunidade com valores e princípios que a mesma se propõe a prosseguir.

Segundo Gustavo Binbenbojm (2008, p. 27), “a dimensão objetiva representa um mais valia em relação as posições subjetivas”, tendo em vista que ela “decorre do reconhecimento dos Direitos fundamentais que é considerado as bases estruturais da ordem jurídica por influenciar todo o Direito positivo”.

Contudo, é apenas por meio da superação da perspectiva individualista que os Direitos fundamentais passam a ser vistos como princípios concretizadores de valores em si, devendo, assim, ser protegidos e fomentados pelo Direito, pelo Estado e por toda a sociedade.

Portanto, fica evidente que o Direito Administrativo não pode ser confundido com a mera incorporação do Direito ordinário da Constituição. Ao contrário, o fato do Direito Administrativo brasileiro ter sido formado de modo contraditório e emblemático faz com que “personagens” indesejáveis da história como o corporativismo, o casuísmo, a ossificação, o reformismo constitucional crônico e os princípios de autoridade estejam presentes na contemporaneidade, fazendo da nossa constitucionalização às avessas.

Diante disso, é preciso que as pessoas compreendam que o processo de constitucionalização do Direito Administrativo deve ser entendido por meio de uma postura de releitura e redefinição de conceitos da antiga dogmática da disciplina, mas sob o olhar da Constituição atual.

É apenas por meio dessa postura crítica de releitura que se consegue construir novos paradigmas para o Direito Administrativo, dotados de uma maior consistência teórica e, principalmente, de um comprometimento com o sistema democrático, tendo em vista que é por meio deste que se consegue alcançar o desenvolvimento, o respeito e a proteção dos Direitos fundamentais.

5 Considerações finais

Neste artigo, buscou-se compreender a origem e as fontes do Direito Administrativo, destacando a importância que esse conjunto harmônico de princípios representa na sociedade.

Por meio dos teóricos lidos, pôde-se perceber que, apesar da Constituição de 1988 ter proporcionado à sociedade muitos avanços de espíritos democráticos, a mesma está recheada de retrocessos, já que a estrutura do Direito Administrativo continua sendo pautada no princípio da preservação da autoridade e desiguldade, o que faz agravar ainda mais o festival de emendas constitucionais presente na contemporaneidade.

Ao longo do artigo, podemos observar, também, que vivemos o Direito Administrativo cotidianamente e é por meio do acompanhamento de sua constante evolução que conseguimos perceber a quantidade de Leis e regulamentos que se editam nessa área, tendo em vista que o Direito Administrativo é um campo de estudo novo, o que requer dos estudiosos um maior cuidado no processo de análise e interpretação do mesmo.

É importante destacar, ainda, que, embora o Direito Administrativo seja visto como conjunto de princípios e normas jurídicas que têm a função de regular a organização, os meios e as formas de atuação, ainda faltam muitas pesquisas que busquem discutir a aplicabilidade de seu conteúdo e extensão.

O presente estudo é apenas uma pequena parcela de contribuição sobre uma temática que ainda precisa de maiores esclarecimentos e leituras, já que não buscou esgotar o tema, apenas contribuir e incitar o desenvolvimento e a produção de novos estudos.

Referências

ASSIS, Virgínia M. Almoêdo de. *Estado, Igreja e Indígenas – administração portuguesa em uma condição colonial (A Problemática das Fontes)*. Disponível em: <http://apipucos.fundaj.gov.br/docs/indoc/cehib/almoedo.html>. Acesso em 26.01.2014.

BINENBONJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13 março/abril/ maio 2008.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, n. 1, vol. 1, 2013, p. 23-51.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Maria Bernadete. Princípios constitucionais do Direito Administrativo. *Revista Virtual Direito Brasil*, n. 2, vol. 2, 2008.

MOREIRA, Roberto. *Direito Administrativo*. [s.l.]: [s.n.], 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Dy. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, janeiro 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Dy. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

URUGUAY, Visconde de Uruguay. *Ensaio sobre Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1960.

WATKINS, Caio. *A proibição do venire contra factum proprium nas relações jurídicas administrativas: um mecanismo de proteção da confiança do cidadão diante dos atos do estado*. 108 fls. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica Do Rio de Janeiro – PUC, 2011.