

*Estudos em  
Homenagem ao  
Prof. Caio Tácito*

Organizado por  
CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

RENOVAR

# A AUTONOMIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO COMO DISCIPLINA JURÍDICA: REFLEXÕES SOBRE SUA METODOLOGIA

*Sonia Rabello de Castro*

*Introdução. 1. O direito administrativo como ramo do direito público. 2. Codificação e sistemática do direito administrativo. 3. Autonomia e interpretação do direito administrativo. 4. Metodologia e princípios gerais do direito administrativo. Bibliografia.*

## **Introdução**

O Direito Administrativo é uma disciplina jurídica de organização recente, do ponto de vista histórico do Direito. Embora houvesse normas, desde a antigüidade, concernentes ao funcionamento da administração do Estado e à sua relação com o cidadão, a organização dessas regras com base em princípios gerais diferenciados daqueles do direito comum, bem como a concepção de *conceitos e figuras jurídicas próprias*, só começaram a se modelar em um sistema próprio a partir da segunda metade do século XIX. Portanto, a formação dessa nova disciplina jurídica data de pouco mais de um século.

Não obstante sua recente formação histórica, o Direito Administrativo cresceu rapidamente em importância sócio-jurídica: pri-

meiramente, em função do papel e do crescimento das atividades administrativas do Estado, sobretudo com o advento do Estado Providência (*Welfare State*); em segundo, a regulamentação e a subordinação das atividades do Estado à legalidade decorreram das exigências cada vez maiores de aplicação das garantias individuais e das liberdades públicas em face ao Estado.

Dois serão os principais objetos desta reflexão: a autonomia do Direito Administrativo dentro do campo do Direito Público, investigada por meio de sua metodologia e dos princípios que se lhe aplicam; em segundo lugar, a organização da disciplina: suas regras (positivadas ou não), sua codificação, sua concepção e metodologia organizacionais.

Não obstante a importância de que hoje se reveste o Direito Administrativo, a organização dos conceitos e dos princípios gerais desta disciplina, no Brasil, se fez lentamente. Novos ramos jurídicos originam-se a partir da diferenciação de regras e institutos em relação ao direito comum, visando regular relações sociais. Com o Direito Administrativo não foi, ou não é, diferente: também se formou a partir da formulação dessas regras diferenciadas. Porém, a simples criação de regras especiais, que fazem exceção às regras do direito comum, não basta para configurar uma disciplina jurídica autônoma. A autonomia se dá quando essas normas especiais contêm categorias próprias, as quais são compreendidas e organizadas a partir de institutos e categorias mais genéricos e também próprios que, por sua vez, são formulados e interpretados por princípios que lhe são específicos. Todo esse conjunto passa a constituir um módulo dentro do sistema jurídico maior, coerente e sistemático dentro de si mesmo, que interage com os outros módulos.

Uma reflexão sobre este processo na formação do ramo jurídico do Direito Administrativo é o que pretendemos fazer neste estudo.

## **1. O direito administrativo como ramo do direito público**

As normas de Direito Privado organizaram-se organicamente em tempo bem anterior às de Direito Público. Basta lembrar o exemplo do direito romano, ou mesmo, mais recentemente, da codificação do direito civil na época de Napoleão Bonaparte. Com

feito, até o início do século XX, os maiores ramos de direito que se achavam codificados enquadravam-se no âmbito do Direito Privado, isto é, o direito civil o comercial... O direito civil, com sua estrutura que remonta ao Império Romano, exerceu a função de direito ordinário, contendo as normas referenciais básicas, que foram sendo progressivamente derogadas com o surgimento e organização dos novos ramos de direito.

O advento das revoluções burguesas, criando o Estado democrático, impôs paulatinamente a necessidade político-social de proposição de regras de ação e funcionamento do Estado que, paralelamente, para ele gerassem limites de atuação. O surgimento do Estado moderno traz consigo a configuração da dicotomia Direito Público e Direito Privado. Essa classificação traz conseqüências jurídicas diferenciadoras seja para um campo, seja para o outro. Trata-se de uma divisão metodológica que obriga necessariamente ao uso de regras e princípios básicos distintos e, em conseqüência, de métodos diferenciados, que constituir-se-ão em balizamento para a hermenêutica.

O surgimento do *Welfare State* gerou a ampliação das atividades executivas do Estado e foi crucial na aceleração do desenvolvimento do Direito Administrativo. Habermas vê nesse processo "crítica reformista ao direito civil formal"<sup>1</sup>, na verdade ao Direito Privado, em que o espaço da autonomia da vontade é largo; o Estado providência surge quando a sociedade se torna cada vez mais complexa e o papel do Poder Público cresce, não apenas como regulador e fiscalizador do mercado (poder de polícia), como aponta Habermas, mas também como prestador de serviços.

---

1 "Le modèle de l'État providence est issu de la critique réformiste du droit civil formel. Suivant ce modèle, la société économique institutionnalisée au nom du droit privé (notamment des droits de propriété et de la liberté contractuelle) devait être séparée de l'État considéré comme sphère de réalisation de l'intérêt commun, et être abandonnée à l'action spontanée des mécanismes du marché." (1997b:429). A instauração do Estado providência modifica esse modelo anterior em dois aspectos básicos: "d'un côté, on part de l'idée d'une société de plus en plus complexe, composée de domaines d'action fonctionnellement spécifiés qui réduisent les acteurs individuels à la position marginale d' "usagers" et les livrent aux contingences des opérations autonomes du système; d'un autre côté, on s'attend à ce que ces contingences puissent être soumises à un contrôle normatif au moyen de l'emploi du pouvoir administratif, et donc au moyen des opérations régulatrices d'un État providence intervenant de façon préventive ou réactive." (op. cit., p. 432).

Com o desenvolvimento do Direito Público, as normas de Direito Administrativo passaram a ser editadas, derogando as de direito comum; estas foram editadas para conferir à administração poderes para o exercício de atividades relacionadas ao bem comum e ao interesse coletivo, para impor-lhe condições especiais para o exercício dessa missão e para organizar os seus serviços. Para isso contou, nos países europeus, com a organização de tribunais especializados, sobretudo naqueles que sofreram maior influência do Direito Público Francês.

Em países sob a influência do direito anglo-saxão, é mais recente o início de uma formação normativa diferenciada aplicável à administração pública, como também, conseqüentemente, de uma atividade jurisdicional especializada.

Em alguns países, como o Brasil, verifica-se ainda uma defasagem grande entre o desenvolvimento teórico e prático da disciplina, que, por diversas razões, inclusive históricas, se fez muito lentamente, e sua necessidade social em função do crescimento avassalador das atividades executivas do Estado. Esse descompasso cria por vezes a má compreensão, ou a deficiente formulação dos conceitos fundamentais deste ramo do Direito Público, seja na prática administrativa, seja na prática judicial.

Tal defasagem tem efeitos mais graves sobre o Direito Administrativo do que sobre outras disciplinas jurídicas. Dos grandes subsistemas de Direito, este é o único — definido e autônomo — que não se encontra codificado. Isso ocorre porque o Direito Administrativo possui uma *metodologia própria*, diferenciada dos outros ramos jurídicos.

Apesar do fato de o Direito Administrativo possuir uma metodologia diferente da dos outros ramos jurídicos, esta não o faz incompatível com a unidade do sistema jurídico nacional. Pelo contrário: isso não afeta a unidade do sistema, mas sim acarreta a autonomia dessa disciplina, como subsistema, dentro do Direito. Além disso, os outros ramos autônomos também possuem metodologias próprias<sup>2</sup>.

---

2 Conforme aponta Jean-Louis Bergel: "*En dépit des divergences relatives à la définition du Droit, on peut admettre que le Droit tend à établir un ordre social harmonieux et à régler les rapports sociaux avec le souci d'y promouvoir, à des degrés*

O Direito Administrativo formou-se a partir das trocas recíprocas, de um contraponto permanente entre doutrina e jurisprudência; ou seja, entre o pensamento jurídico doutrinário, fundado em bases jusfilosóficas e na lógica jurídica, e a prática jurisprudencial, que, na resolução dos litígios que envolvem as relações jurídicas de Direito Administrativo, procurou consagrar os conceitos do novo ramo jurídico de forma coerente e harmônica<sup>3</sup>. Neste sentido, exemplificamos com o conceito do ato administrativo, os seus elementos e atributos, os quais não foram previstos por lei, mas sim construídos através da elaboração doutrinária e consagrados pela jurisprudência.

Entretanto, é de se observar que a quantidade e a proliferação de textos legislativos concernentes às relações jurídicas de Direito Administrativo não significam um crescimento maior, ou um desenvolvimento teórico mais aperfeiçoado da disciplina. Estes textos são, em geral, normas de direito material que visam disciplinar fatos, hipóteses e situações específicas e, não raro, antecedem a formulação teórica do direito.

Para que esta formulação teórica ocorra, moldando-lhe logicamente a estrutura interna, é necessário uma consciência mais clara e precisa dos seus princípios informativos e das relações jurídicas que se pretende regular, o que, em regra, é realizado pela doutrina.

## 2. Codificação e sistemática do direito administrativo

Um das principais dificuldades para a formulação, o estudo e a aplicação do Direito Administrativo é a não codificação de seus conceitos e institutos básicos, ou seja, de sua parte geral. Esses,

---

*différents selon les cas, un certain ordre moral, la sécurité juridique ou le progrès social. Les fins poursuivies et la technique utilisée varient selon les systèmes juridiques et, parfois, dans un même système, selon les branches du Droit.* (1989:6).

<sup>3</sup> Como apontam Demichel e Lalumière no caso do Direito Público Francês: *“En raison de l’insuffisance de bases légales, le droit public n’a jamais été étroitement exégétique (c’est-à-dire fondé sur le commentaire des dispositions légales): au contraire, sa formation dépendit toujours étroitement des réalités sociologiques. La coutume, la jurisprudence et la doctrine occupent une place importante parmi les sources de ce droit.”* (1992:18).

embora não codificados, existem a partir de sua formulação pela doutrina e pela jurisprudência.

Ora, essa formulação, embora rica, é bem menos precisa do que a realizada pela lei escrita, ainda que esta última sofra as leituras diferenciadas que lhes dão a doutrina e a jurisprudência<sup>4</sup>. Em países como o Brasil, de grande tradição de direito escrito e codificado, a não especificação dos conceitos e institutos gerais em norma explícita pode levar a que, na prática, tribunais não especializados tendam a aplicar, às relações de Direito Público, conceitos e institutos de Direito Privado. Tal ocorre porque, sendo as normas de Direito Privado mais antigas, mais estruturadas (uma vez que codificadas) seus institutos são mais conhecidos e, portanto, acessíveis para uma aplicação imediata e rotineira pelo Poder Jurisdicional do Estado.

Embora não codificado, o Direito Administrativo tem uma multiplicidade de normas que se encontram organizadas em função da especificidade de seu objeto. Assim é que se encontram organizados nos denominados “códigos” ou estatutos as regras concernentes a funcionários públicos, águas, pesca, eletricidade, minas, florestas, obras, licitações e contratos etc. Trata-se do que se poderia denominar de parte especial do Direito Administrativo. Nesta, há a formulação estruturada de um conjunto de regras que pretendem reger por completo determinado objeto, sempre a partir de uma relação jurídica de Direito Público. Isto significa que, seja na organização dos fatos ou dos atos jurídicos, seja na tutela de direitos e obrigações por ela previstos, haverá em um dos pólos da relação jurídica a presença direta ou indireta do Estado, agindo nessa condição. A lei estará então disciplinando um serviço público, ou limitando e regulando a atividade privada, o que gera para o Estado a atribuição da polícia administrativa.

Isso significa dizer que, quando o Estado formula regras, ainda que coercitivas para a vontade das partes, mas que não geram para o Estado, regras de direito concernentes a um serviço do Estado, no sentido amplíssimo da locução, não obstante a importância

---

4 Conforme aponta Y. Gaudemet: “*La codification est aussi l'occasion d'un progrès du droit, de l'affirmation de solutions nouvelles, en un mot, de la définition, dans le droit d'une orientation politique répondant aux besoins sociaux*” (1986:108).

social dessas regras, não se pode dizê-las de Direito Público. É o caso, por exemplo, das denominadas regras de ordem pública, integrantes do Direito Privado, que impõem determinada conduta ao particular (muito comum no direito de família ou, no direito internacional privado, quando afastam a aplicação de lei estrangeira, coativamente)<sup>5</sup>. Porém a aplicação cogente dessas regras, independentemente da vontade das partes, não altera a natureza essencialmente privada da relação jurídica.

Isso porque não é a importância social, tampouco a coatividade de uma regra que a transforma em norma de Direito Público, mas sim tratar-se de um ato ou fato, ou uma relação jurídica em que figure, ao menos num dos pólos, uma pessoa de Direito Público, ou seu delegado, de um serviço público *lato sensu*.

Não queremos com isso induzir que aderimos à noção de que o Direito Administrativo se explica pela teoria desenvolvida pela Escola de Serviço Público Francesa, tão em voga em meados do século. Entendemos que muitas de suas posições se encontram ultrapassadas porque foram enriquecidas com abordagens mais modernas da teoria do Direito Administrativo. Tal não impede de reconhecer a rica contribuição de sua análise quanto a posição de que, afora as atividades de fomento ao desenvolvimento econômico e social, as atividades básicas do Estado, mormente as da Administração Pública inserem-se na categoria única e especial do Direito Administrativo, denominado "serviço público", no sentido amplíssimo da locução.

É talvez nesse sentido que se deverá distinguir com mais clareza os direitos públicos dos direitos sociais e dos direitos coletivos; estes últimos ainda, apesar de sua importância crescente, sem perfeita configuração jurídica dos seus parâmetros principiológicos e metodológicos.

É muito comum verificar a coincidência de objeto nos chamados direitos coletivos ou difusos com os direitos públicos subjetivos. Porém, esta coincidência de referência não detectamos como necessária. Isto significa dizer que existem direitos sociais, coletivos ou difusos (aceitos como tal na prática jurisdicional) que não

---

<sup>5</sup> Sobre regras de ordem pública ver o texto de Baxter: Pour la Justice, *Archives de Philosophie de Droit*, Paris, 1960, p. 152 ss.

configuram uma relação de Direito Público, e portanto não são direitos públicos subjetivos: é o caso dos direitos dos trabalhadores que, em circunstâncias especiais, são vistos e defendidos como direitos coletivos sem que este fato transmute-os em direitos públicos em face do Estado. Destarte, há que se ter atenção com o surgimento, nos nossos dias, de leis de ordem pública e de grande interesse social e coletivo que, aparentemente podem induzir à consideração de que se tratam de normas de Direito Público; porém, com uma análise mais cuidadosa, veremos que não o são e, portanto, a elas não se aplicam os princípios, as figuras e conceitos próprios de Direito Administrativo tais como a desigualdade das partes, a inderrogabilidade da competência por vontade das partes, atributos e requisitos especiais do ato administrativo, o princípio da discricionariedade administrativa etc.

Exemplificando normas diversas de regras de Direito Administrativo, temos: o código de minas, que regula a forma de exploração de bens públicos específicos (jazidas minerais), ainda que realizada por particular. Estas regras balizam e regulam as formas de exploração deste bem público, estabelecendo um estatuto limitador da atividade estatal e, de outro lado, limitador das atividades de exploração pelo particular, regulando as prerrogativas especiais de exploração pelo Poder Público.

Já com outras características, temos as leis que regulam as limitações sobre as florestas e demais formas de vegetação, o chamado Código florestal. É evidente que, ao dispor sobre o assunto, o que o Poder Público pretende é limitar de direitos privados através da modulação do uso, gozo e disposição dos bens, de acordo com o interesse público. A limitação de direitos de particulares tem como consequência a criação de um serviço administrativo de tutela e de controle desses bens, ou das atividades a ele relacionadas. Tal serviço de tutela e controle concerne à função administrativa, a qual é executada em maior ou menor grau de forma discricionária, ou vinculada, que se denomina polícia administrativa. Não é, portanto, a simples limitação de direitos individuais que dá à norma o caráter de direito público, mas sim a criação de prerrogativas de interferência do Estado, seja por autorização prévia, seja por fiscalização, tutela ou controle; isto é, a criação de uma relação entre o Estado e a parte em função daquele objeto, e em razão da finalidade de interesse público.

É assim nas regras de concernentes ao exercício das profissões, das regras de uso do solo na cidade e no campo, das regras relativas à regulação das atividades econômicas, ou de determinadas atividades privadas consideradas de interesse social ou político: fabricação e comércio de material bélico, bancos, seguradoras etc. Em todas elas o Poder Público edita, por lei, os limites básicos para as atividades privadas, criando, por outro lado, as prerrogativas de interferência por meio do serviço de polícia administrativa.

Há possibilidade, como no caso de normas sobre o direito de vizinhança, que a regra jurídica crie limitações às atividades privadas, ou condições para o exercício destas, sem que tal se relacione, necessariamente, com algum serviço de tutela ou controle administrativo. As relações jurídicas de vizinhança são de Direito Privado. Cria-se um direito subjetivo privado para o vizinho, ou para o indivíduo que se sentir prejudicado pelo uso nocivo da propriedade alheia. É nesse sentido que entendemos que os chamados direitos sociais não são, necessariamente, de natureza pública (em sentido estrito), pois não existe sinonímia direta entre natureza pública de uma norma e sua natureza coativa, obrigatória, ou de sua importância pública, ou de seu interesse social.

Podemos afirmar, concluindo, que o simples fato de uma norma regular coativamente uma relação jurídica, devido ao interesse social desta, não atribui à regra uma classificação pública e nem, conseqüentemente, cria para o outro sujeito da relação direitos públicos subjetivos, caso não se trate de uma relação jurídica de Direito Público.

Tomando nossa história constitucional como referência, observa-se que os ramos jurídicos, previstos na distribuição de competências constitucionais eram caracterizados precipuamente em função da relação ou objeto jurídicos tratados, e não do fato ou da coisa em questão. Assim, tem-se a matéria civil, processual, comercial, penal, trabalhista — enfim, as grandes divisões dos ramos de direito. As relações civis são aquelas em que o Estado disciplina as relações de família, relações contratuais entre pessoas estão numa situação de igualdade entre si. É a partir desse pressuposto básico que as normas civis são estabelecidas, norteadas pela igualdade na relação jurídica entre as partes, e pela liberdade na manifestação de vontade, o que, por sua vez, gera direitos e obrigações entre elas. Esse pressuposto inicial torna-se principiológico e fundamenta

o método interpretativo do direito civil. A relação de direito processual também se enquadra nesta análise: o conteúdo das regras de processo corresponde às relações jurídicas (direitos e deveres) serem observados impositivamente pelas partes de uma relação litigiosa jurisdicional.

O Direito do Trabalho nos oferece interessante exemplo para reflexão: o seu aparecimento como ramo autônomo do Direito data deste século. Sua “especialização” derivou fundamentalmente das regras de Direito Privado concernente às obrigações contratuais. O que essencialmente diferencia a relação jurídica contratual de Direito Privado da relação jurídica trabalhista é a de que esta é substancialmente menos “livre”, pois o Estado estabelece numerosas imposições coercitivas para as partes interessadas, inderrogáveis por estas e, sobretudo, não tem o pressuposto da igualdade, como método interpretativo. Este é um princípio que informa o Direito do Trabalho: a regra protege a parte mais fraca, que é ao trabalhador. Nesse ponto, são derogados ao menos dois princípios do Direito Privado: o pressuposto da igualdade entre as partes e a livre manifestação de vontade. Ainda assim, o Direito do Trabalho não pode ser classificado como ramo do Direito Público, pois lhe falta um aspecto fundamental para tanto: a presença da pessoa jurídica estatal, atuando nessa condição, na relação jurídica tratada, o que impõe e justifica o princípio da desigualdade das partes, em prol do Poder Público, nas relações de Direito Público.

### **3. Autonomia e interpretação do direito administrativo**

A separação do direito nas esferas do Direito Público e do Direito Privado gera conseqüências diferenciadas, uma vez que o conjunto de princípios (e, conseqüentemente, a metodologia) empregado será diverso.

A autonomia do Direito Administrativo se faz na medida em que para as relações jurídicas administrativas do Estado vão se concebendo e aplicando novo conjunto de regras diferenciadas dos demais ramos do Direito preexistentes. É bem verdade que tal não significa que o Direito Administrativo corresponda a um ramo exterior ao sistema jurídico; o Direito se constrói como uma pirâmide, em que no topo estão as normas de maior generalidade,

como os princípios gerais de justiça e equidade, aplicáveis a todos os seus subsistemas<sup>6</sup>.

O método de aplicação de regras de Direito Privado no âmbito do Direito Administrativo merece considerações. Começamos por exemplificar com a questão dos contratos administrativos: antes da existência de lei especial, como fonte principal que regulasse suas características específicas, suas cláusulas exorbitantes e privilégios especiais, estas já eram entendidas e adotadas para as relações contratuais, devido à necessidade de aplicação dos princípios de direito público, como fonte informadora da hermenêutica das regras das obrigações contratuais do Estado. A aplicação do Direito Privado como fonte subsidiária do Direito Administrativo não se dá, portanto, automaticamente toda vez que se verifica a inexistência de norma administrativa específica como fonte principal, mas quando, por política normativa, por hipótese, a norma privada passa a ser uma prescrição especial para melhor gestão dos interesses públicos, conforme aponta Rivero:

“Não se questiona se a regra de direito administrativo deroga o direito comum, mas se existe a regra diferenciada, *seja objetivada em texto legislativo, seja concebida a partir de princípio que, consagrado pela jurisprudência transmutou a regra comum para conferir-lhe uma nova leitura e interpretação de direito administrativo*” (grifos nossos) (1953:279).

Dessa maneira, a doutrina e, posteriormente, a lei entenderam como mais conveniente ao interesse público que determinados contratos, por exemplo, ainda que firmados com a Administração, fossem regidos não por regras especiais de Direito Administrativo, mas pelo Direito Privado, como os contratos de seguro. Neste caso, a aplicação da norma privada é excepcional, ocorrendo apenas quando desejada pela política normativa, a qual a prestigia por entender que, assim o fazendo, melhor se atende ao interesse público.

---

6 Essa estrutura remonta ao Direito Romano. De acordo com Villey: “*Car le classique manuel d’enseignement romain réalise les vœux de Cicéron. Toute la science du droit s’y organise en une pyramide de notions autant que possible définies.*” (1987:41).

Parece-nos, portanto, no mínimo imprecisa a afirmação de que se aplica o Direito Privado na ausência de legislação especial administrativa. Com a plena aceitação da aplicabilidade dos princípios gerais, haverá sempre uma regra administrativa a ser utilizada, ainda que dedutível a partir desses mesmos princípios — é este o *principal sentido* e a *principal consequência* da autonomia jurídico-conceitual do Direito Administrativo<sup>7</sup>. Quando, no entanto, for pertinente o uso de regra de Direito Privado, por meio do método analógico, esta regra só deverá ser aplicada e interpretada a partir desses princípios específicos daquele ramo jurídico<sup>8</sup>.

No entanto, para que seja possível entender e aplicar o Direito Administrativo como disciplina autônoma dentro do sistema jurídico, é preciso que haja clareza na conceituação dos seus princípios estruturantes. Esta é uma tarefa difícil, pois é necessário ter noções minimamente exatas de seu conteúdo simultaneamente genérico e preciso, mas é imprescindível para que se adote uma metodologia adequada.

Finalmente vale ressaltar, subsidiariamente a este tema, que se verifica uma forte tendência nos dias de hoje, de influência metodológica e mesmo principiológica entre os vários ramos do Direito. E ainda se pode dizer que vários temas, que antes eram tratados exclusivamente pelo Direito Privado hoje se desdobram em aspectos publicizados, de regras concernentes ao Direito Público, tais como os relativos à responsabilidade civil, ao direito econômico e sobretudo os direitos concernentes à propriedade. Se antes eram os princípios e regra de Direito Privado que eram as fontes informadoras do Direito Público e Administrativo, assiste-se hoje, nos países americanos e europeus, à infiltração de regras e da principiologia do Direito Público no Direito Privado<sup>9</sup>.

---

7 Essa posição é desta forma formulada por Eisenmann: “*Si on avait admis qu'en absence de législation spécialement administrative elle appliquerait purement “le droit privé”, très probablement elle (autonomie du droit administrative) n'aurait pas été instituée.*” (1969:423).

8 Diz um adágio do Digesto (D, 50.17.1): “É preciso não pretender tirar o direito da norma, mas sim a norma do direito”, tradução livre de texto retirado de Villey, 1987:37.

9 Georges Renard, na primeira metade do século, testemunhou esse fenômeno na França: “*A la vérité, — André Hauriou le remarque judicieusement dans sa*

A importância dessa classificação deve-se a suas conseqüências metodológicas. A sistematização das normas em subsistemas de direitos públicos, direitos privados, direitos sociais cria, efetivamente, regras metodológicas, princípios e conceitos diversos para cada um desses subsistemas. A eventual classificação errônea de uma norma gerará distorções na sua interpretação e aplicação.

O estatuto do funcionário público, por exemplo, é claramente norma de Direito Administrativo, e a ele se aplicam todos os princípios e institutos da parte geral do Direito Público. Perder esse referencial de vista poderá levar ao equívoco de se empregar princípios de Direito do Trabalho, por exemplo, que não têm lugar no Direito Administrativo. Os elementos suficientes de caracterização de uma relação de emprego não podem ser utilizados no âmbito da relação laboral com o Estado, pois não se pode fazer uma aplicação analógica da norma trabalhista, uma vez que o estatuto do funcionário é norma especial pertencente ao subsistema do Direito Administrativo, e é próprio ao campo da Administração o princípio da legalidade estrita, inexistente na relação laboral.

Parece-nos importante destacar, neste ponto de nossa reflexão, algumas questões conceituais dos denominados “novos” ramos do Direito, que estão surgindo não apenas no ensino acadêmico, mas na própria Carta Constitucional Brasileira. Pode-se observar hoje uma forte tendência de se denominar como áreas especializadas do Direito estatutos que regem vários tipos diferentes de relações jurídicas, concebidos em diplomas legislativos cuja unicidade é tomada a partir da coisa ou fato que estes regulam. Como exemplo, temos o direito agrário, o estatuto do consumidor, o estatuto do menor e do adolescente.

Esses diplomas possuem regras concernentes a várias categorias de relações jurídicas (penais, civis, administrativas, comerciais e trabalhistas) e, por esse motivo, não se pode aplicar uma principiologia única a todos dispositivos contidos no mesmo diploma legal. Como estes foram organizados em função de um mesmo

---

*préface de la thèse de Jean Delvolvé — le droit administratif a d'abord pris modèle sur le droit privé; ce fut la première phase de son élaboration scientifique; puis il s'est établi en système autonome; aujourd'hui, c'est la réaction du droit administratif sur le droit privé.* (1935:78).

tipo de coisa, pessoa ou fato (como a figura do consumidor, ou o menor e o adolescente, a propriedade agrária), várias regras contidas nos diversos dispositivos referem-se a subsistemas de principiologias diversas, de acordo com cada tipo de relação jurídica implicada (penal, civil, trabalhista ou administrativa). Esse fato exige um grande cuidado do especialista nesses ramos novos, que não se configuraram ainda num módulo diferenciado dentro do sistema jurídico, para discernir e aplicar para cada tipo de regra contida nos seus dispositivos a principiologia adequada a cada uma das relações jurídicas diferenciadas.

Também é relevante lembrar que a “autonomia didática” que alguns intérpretes conferem a esses ramos não configura um verdadeiro tipo de autonomia como disciplina jurídica, justamente porque para tanto é de se exigir uma principiologia específica, configurante de um subsistema jurídico distinto. Essa “autonomia didática” corresponde, na verdade, a apenas uma forma mais direta e prática de se conhecer aquela lei especial.

Concluindo, podemos afirmar que a classificação do Direito Administrativo como ramo do Direito Público é de importância capital, já que somente seus princípios e institutos básicos e próprios informam suas relações jurídicas, bem como sua interpretação, cujo procedimento e metodologia diferem do direito comum.

#### **4. Metodologia e princípios gerais do direito administrativo**

Pode-se visualizar dois gêneros de regras na construção do Direito Administrativo: as mais simples são aquelas que vão disciplinar situações concretas do Estado no desempenho de suas atividades de administração. Citamos dois exemplos: o estatuto dos funcionários públicos, que é um conjunto de regras que regem um tipo de específico de relação laboral com o Estado. Outro exemplo é a desapropriação, que corresponde a uma inovação nas formas de aquisição da propriedade. O Estado passa a editar normas específicas, regras derogadoras do direito comum anteriormente organizado, e que passam a reger e organizar as atividades executivas e estabelecer os direitos e obrigações decorrentes das relações jurídicas do Estado, enquanto tal, com os particulares.

O outro gênero de regras são mais gerais e principiológicas. Os princípios gerais e as regras conceituais, principalmente as regras principiológicas de qualquer ramo do Direito, são sempre fruto de um longo trabalho de construção jurídica. Como são axiomas de ampla incidência é necessário estabelecer a clareza de seu conteúdo cognitivo e de sua abrangência, pois não se trata de regras que simplesmente objetivem regular determinada situação ou fato social, mas de normas cujo conteúdo se identifica com uma verdade ideológica e social transformada em regra jurídica. Deve-se, portanto, pensar os princípios e conceitos, conforme lembra Canotilho, como normas que “impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica” (1991:545).

Não obstante a dificuldade que se possa ter em se deduzir e conhecer esses princípios, sua existência é fundamental na construção de qualquer ramo de Direito, como pressuposto essencial de lógica jurídica, a partir do qual as normas e sua aplicação apresentar-se-ão e seguirão um determinado método — o sistemático: o Direito corresponde a um sistema estruturado por princípios e conceitos que se organizam de forma piramidal em função inversa da sua abrangência. Negar o seu papel estruturante implicará necessariamente na desarmonia do sistema e, conseqüentemente, na impossibilidade da adequada interpretação e aplicação da norma.

Em função de o Direito Administrativo ser um campo onde proliferam normas contingentes e ocasionais, que têm que dar conta de situações específicas da vida da administração pública, a sistematização e a codificação tornam-se extremamente difíceis. A importância dos princípios e conceitos gerais está em justamente conferir a esse agregado de normas uma unidade ontológica e epistemológica, como ressalta Enterría<sup>10</sup>.

Alguns princípios gerais de direito administrativo estão hoje parcialmente positivados na Constituição Federal (artigo 37, *caput*).

---

10 “*sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y en perpetuo fieri agregado de normas, el Derecho administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni consecuentemente, como ciencia, sería posible*” (1986: 39).

Independentemente de se questionar se a aplicação desses princípios é pertinente a todas as relações de Direito Público, é certo que são aplicáveis a todas as relações de Direito Administrativo. O seu conteúdo vem sendo, em maior ou menor grau, objetivado pela jurisprudência, a partir do acolhimento de posições doutrinárias. Enquanto o princípio da moralidade administrativa sofre ainda de grande imprecisão quanto a seu conteúdo e a amplitude de sua compreensão, o princípio da legalidade já está bastante mais consolidado em seu conteúdo e interpretação.

É claro que a explicitação de princípios na Constituição não acarreta a exclusão de outros também usados no Direito Administrativo. A partir daqueles que estão explícitos, pode-se inferir aqueles que estão subjacentes na estrutura constitucional do Direito Público, o que decorre também da própria amplitude simbólica das expressões empregadas pelo texto da Carta, as quais ainda estão em curso de interpretação. Por exemplo, do princípio da moralidade pode-se inferir os princípios implícitos da proporcionalidade, da racionalidade, eficiência, economicidade etc.

Por constituir-se num sistema estruturado por princípios de diferentes graus de abstração, o direito possui uma abertura, sendo receptivo, dentro do âmbito de suas diretrizes gerais, à mudança social (CANOTILHO, 1991:186-189). A abertura do sistema jurídico, tão vital para uma disciplina que lida com as sempre mutáveis e imprevisíveis situações que se oferecem à Administração Pública, é possibilitada justamente pela estratificação das normas em regras e princípios, como aponta Habermas<sup>11</sup>.

Os diferentes graus de abstração decorrem de, à medida que se formulam e organizam os princípios, alguns irem se apresentando necessariamente mais fundamentais do que os outros. Pode ocorrer até mesmo um conflito entre princípios diversos, o será resolvido pela verificação do que tiver maior abrangência. Ocorre, na verdade, uma complementação: não se pode dizer que nenhum deles esgota completamente a complexa e múltipla matéria administrativa, ou que esta decorre logicamente de um deles.

---

11 *“il faut tenir compte du fait que les discussions juridiques, si elles sont bien sûr toujours tenues de respecter le droit en vigueur, ne peuvent pas pour autant se dérouler dans un univers clos de règles juridiques fixées de manière univoque. D’où la stratification du droit moderne en règles et en principes.”* (1997a:29).

A formulação e organização desses princípios no Direito Administrativo dar-se-á com maior intensidade e clareza de acordo com a história de cada país. Na França, o Conselho de Estado, órgão máximo da tutela jurisdicional no âmbito do Direito Administrativo, desde 1945 invoca, como fonte de direito, os princípios gerais mesmo na ausência de texto legal (os denominados *arrêts de principe*). Como aponta Jeanneau, tal se deve à história política (o positivismo jurídico, que serviu para fundamentar o regime de Vichy, não poderia encontrar boa acolhida na França do pós-guerra, que precisava encontrar nova estrutura legal, compatível com o regime democrático) e à estrutura do Direito Público francês, em que, devido à insuficiência normativa — e à existência de uma justiça especializada — o papel do juiz na criação da norma é bastante pronunciado.

O Direito Administrativo brasileiro sofreu grande influência do francês. No entanto, se podemos detectar uma grande lentidão na sistematização da disciplina e na compreensão de seus princípios gerais; razões históricas também podem explicá-lo. De um lado, não temos a justiça especializada; e assim juízes tendem, de maneira geral, a aplicar princípios e categorias de direito comum, com o qual estão mais familiarizados; de outro, há a questão política de termos vivido diversos períodos de exceção institucional, em que regimes autoritários não propiciavam ao Judiciário o seu pleno funcionamento, nem possibilitavam ao cidadão a defesa de suas prerrogativas diante do Estado.

Como se vê, o Judiciário exerce papel preponderante na formulação do Direito Administrativo, e os percalços institucionais pelos quais passou o país claramente ajudam a explicar o relativo atraso que ainda vivemos nesta matéria. A criação de uma Justiça especializada contribuiria para o desenvolvimento deste ramo jurídico. A Justiça Federal corresponde parcialmente a este papel. Esta, contudo, possui uma concepção funcional que, a nosso ver, não atende plenamente ao perfil necessário, uma vez que sua competência não está determinada em razão da matéria, mas sim em razão da pessoa, o que acarreta um tratamento não isonômico entre as pessoas jurídicas políticas da Federação. Além desse fato, por ela tratar também de matéria não necessariamente ligada às relações jurídicas públicas entre Estado e cidadão, a Justiça Federal

encontra-se sobrecarregada com questões que seriam mais apropriadamente tuteladas pela Justiça Comum.

A partir desse ponto de vista, pensamos que a especialização da Justiça, no campo do Direito Administrativo, apreenderia com maior sintonia e delicadeza o fato de que a tutela jurisdicional prestada quando uma das partes envolvidas é o Estado corresponde a uma circunstância especial de controle de um Poder sobre o outro, a qual não pode degenerar-se, por exemplo, em invasão de competência, por uma eventual imprecisão técnica do Juiz em pretender modificar, valorar ou mesmo “melhorar” as políticas públicas, além dos limites da lei.

O Direito Administrativo depende essencialmente da construção pretoriana em sua formação<sup>12</sup>. Decorre daí a importância fundamental da sensibilização do Judiciário quanto a sua participação no desenvolvimento deste ramo do Direito, que é especialmente constitutiva. Porém, por outro lado, tal não se dará caso se procure nortear essa construção através da aplicação das normas e princípios de direito privado, em detrimento dos princípios estruturantes do Direito Administrativo nas relações de direito material postas em litígio.

Nos últimos anos verificou-se no Brasil um rápido crescimento da produção doutrinária no campo do Direito Administrativo. Como vimos, esta é essencial para o aperfeiçoamento de sua elaboração teórica autônoma e consistente. Porém, esta necessita da mutualidade, do contraponto da construção pretoriana. Acreditamos que, seja pela sensibilização dos Magistrados para esta psicologia diferenciada, seja pela especialização cada vez maior dos órgãos jurisdicionais para o trato desta disciplina, o desenvolvimento deste ramo do Direito terá mais vigoroso seu tempo de desabrochar em nosso país, sempre em benefício do interesse público.

E, em assim sendo, pelo modelo teórico sobre o qual foi construída, esta disciplina conservará a riqueza de sua flexibilidade, perdida em outros ramos do Direito em função do dogmatismo jurídico, ainda comum em nossos tempos!

---

12 Segundo Demichel e Lalumière: “... dans l’élaboration d’un droit non écrit, résultant de la compilation d’une série de précédents, l’œuvre jurisprudentielle et l’œuvre de réflexion doctrinale sont profondément complémentaires et s’influencent mutuellement” (1992:24).

## Bibliografia

- BAXTER, I., Pour la justice, *Archives de Philosophie de Droit*, Paris: Sirey, n. 5, p. 153 ss., 1960.
- BERGEL, J.-L., *Théorie Générale du Droit*. Paris: Dalloz, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 5<sup>a</sup> ed., 1991.
- CHAPUS, R., *De la Valeur Juridique des Principes Généraux du Droit et des Autres Règles Jurisprudentielles du Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1966.
- DEMICHEL, A. et LALUMIÈRE, P., *Le Droit Public*. Paris: Presses Universitaires de France, 6<sup>a</sup> ed., 1992.
- EISENMANN, C., Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif, *Mélanges Layagués-Laso*, Madrid: IEAL, p. 423 e ss., 1969.
- GAUDEMET, Y., La codification de la procédure administrative non contentieuse en France. *Recueil Dalloz — Chroniques*, Paris, p. 108 et ss., 1986.
- HABERMAS, J., *Droit et Morale: Tännner Lectures*. Paris: Éditions du Seuil, 1997a.
- \_\_\_\_\_, *Droit et Démocratie*. Paris: Gallimard, 1997b.
- JEANNEAU, B., *Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative*. Paris: Sirey, 1954.
- RENARD, G., L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé, in *Mélanges Geny*, t. III, Paris: Sirey, 77-91, 1935.
- RIVERO, J., Existe-t-il un critère de droit administratif? Paris: *Revue du Droit Public*, p. 280 et ss., 1953.
- VILLEY, M., *Le Droit Romain*. Paris: Presses Universitaires de France, 8<sup>a</sup> ed., 1987.