COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-37-5

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)
: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [*et al.*] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017
Recurso eletrônico World Wide Web (10 tomos)
Bibliografia.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Fernando Menezes de Almeida

INTRODUÇÃO

Este verbete sobre o "conceito de direito administrativo" tem por objetivo realizar uma análise de *como a ciência do direito tem*, ao longo de momentos históricos pertinentes, *lidado com a tarefa de oferecer um conceito de direito administrativo*.

Em lugar de pretender buscar, na realidade normativa, elementos para se formular um conceito (próprio deste autor) de direito administrativo, o que se objetiva fazer é perceber como o discurso jurídico-científico compreende o conceito de direito administrativo e dele se vale.

Essa perspectiva científica de segundo plano – ou seja, não tomar como objeto da observação científica o direito positivo, mas sim tomar como objeto da observação científica a própria ciência do direito – corresponde à ideia de uma perspectiva metodológica metateórica.[1]

SUMÁRIO

Introdução 2
1. O conceito ao tempo do surgimento do direito administrativo 3
   1.1. Sentido histórico do direito administrativo 3
   1.2. Emprego do conceito como instrumento de afirmação científica do direito administrativo 6
2. Modos contemporâneos de abordagem conceitual 15
   2.1. Reforço da percepção da administração pública enquanto fenômeno jurídico 15
   2.2. Ênfase no conteúdo do direito administrativo 19
Referências 25

[1] Sobre o papel metateórico da teoria do direito, ver TROPER, Michel. *Le droit et la nécessité*, pp. 2-4.

1. O CONCEITO AO TEMPO DO SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Preliminarmente, dois esclarecimentos quanto ao significado deste tópico.

Em primeiro lugar, para efeito da investigação sobre o tratamento do conceito de direito administrativo pela ciência do direito, não será feita distinção entre referências ao "conceito" propriamente – na acepção de "ideia abstrata e geral, ou suscetível de generalização" – ou à "definição" – enquanto "operação do espírito consistente em determinar a compreensão caracterizando um conceito".[2]

Em segundo lugar, para se cogitar do "surgimento" do direito administrativo, parte-se de um critério funcional; e toma-se direito administrativo tanto em seu sentido de conjunto de normas jurídicas como em seu sentido de um determinado recorte da ciência do direito que adota tal conjunto normativo por seu objeto.

1.1. Sentido histórico do direito administrativo

Costuma-se situar o surgimento do direito administrativo na Europa continental, em fins do século XVIII, mais especificamente, após a Revolução Francesa. É um "direito" muito mais recente, por comparação com outros segmentos nos quais, para fins didáticos,[3] a doutrina usa dividir o direito (os usualmente ditos "ramos" do direito).

Não se nega que houvesse nos direitos da Antiguidade, ou da Idade Média, regras sobre objetos que, contemporaneamente, se pudessem dizer pertencentes ao que hoje se entende por direito administrativo.[4] Mas o suposto "direito administrativo" nesses períodos anteriores da história não corresponde, no sentido funcional, à noção atual de direito administrativo.

---

[2] LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, pp. 160 e 207.
[3] O que, na convicção deste autor, não tem rigor científico.
[4] "Na verdade, consultando os monumentos históricos das repúblicas helênicas e romana, ou de quaisquer outros povos civilizados da antiguidade, achamos numerosas as instituições destinadas à proteção da ordem interna e da defesa externa desses Estados, bem como dos interesses coletivos mais importantes dos seus cidadãos.
Embora em estado embrionário, e confundidas as autoridades judiciária e administrativa, existiam os serviços administrativos, e conseguintemente direitos e deveres entre os agentes incumbidos de perfazê-los, e aqueles a quem deviam aproveitar" (RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*, p. 23).

O surgimento dos ramos do direito depende do estágio de evolução de cada civilização. Nesse sentido, acompanhando a síntese de Sabino Cassese,[5] pode-se sustentar que o direito privado "se afirma quando uma coletividade atinge um certo grau de estabilidade"; o direito constitucional "se desenvolve quando o governo de uma sociedade atinge um certo grau de complexidade"; e o direito administrativo "somente se afirma na fase de maturidade do Estado, quando ele desenvolve uma estrutura de início executiva, depois reguladora, enfim distributiva".

É comum que os autores, valendo-se de certa simplificação, a qual não deixa de ter sentido didático e base histórica, afirmem que o direito administrativo surgiu na França.

Até mesmo aponta-se um marco temporal específico:[6] a Lei de *28 pluviôse VIII* (17 de fevereiro de 1800), sobre a organização da administração pública; e também ressalta-se a primazia científica francesa, em especial pela mais fecunda produção doutrinária naquele momento e pela criação da respectiva cátedra na Universidade de Paris em 1819.

O direito administrativo nasceu, pois, no contexto do moderno estado de direito e a ele se vincula: é o contexto em que a vontade (objetiva) da lei impõe-se à vontade (subjetiva) dos governantes.

Em verdade, fora desse contexto, não se pode conceber funcionalmente o direito administrativo, ao menos no sentido como é compreendido hoje no Brasil e nos países que seguem o modelo das modernas democracias ocidentais.

Por outro lado, nem todo estado, que se caracterizasse como estado de direito de acordo com os princípios do constitucionalismo, identificou-se de plano com o direito administrativo tal como surgido na França. Fundamento para essa afirmação é, no contexto ocidental, notadamente, a Inglaterra.

Com efeito, dada a longa evolução das instituições constitucionais na Inglaterra, tendo como principais marcos a Magna Carta de 1215 e o *Bill of Rights* de 1689 (na

[5] CASSESE, Sabino. *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*, p. 13.
[6] Sobre esse ponto, ver, entre outros autores brasileiros: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 53; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 1; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 39; CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, v. 1, pp. 261/262; TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*, v. 1, p.3; RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*, p. 25.

sequência da Revolução Gloriosa), com forte tradição parlamentar a moderar a ação do monarca, a realidade inglesa, por ocasião da Revolução Francesa, não era propensa a identificar o sentido ou o cabimento de um direito administrativo.

Pelo contrário, a tradição inglesa, consolidada em torno da aplicação de um *common law* – um direito comum a todos –, não concebia a possibilidade da aplicação de um direito então visto como especial para a administração.[7]

Ainda que não sejam propriamente antagônicos, podem-se tomar o francês e o inglês como dois modelos típicos da concepção ocidental de direito, a gerar dois modelos de direito administrativo:

O primeiro, originalmente francês, mas que logo poderá ser dito europeu continental,[8] concebe o direito administrativo em torno da figura central da administração, ainda que para afirmar a limitação dos poderes da administração e os direitos dos indivíduos perante ela. Daí resultam temas, a integrar o repertório do direito administrativo, mais ligados a elementos jurídicos próprios de um regime especial associado à administração (p. ex.: ato administrativo, contrato administrativo, responsabilidade do estado, serviço público) e a elementos de organização da administração (servidores públicos, bens públicos, estrutura dos órgãos públicos).

O segundo, originalmente inglês, o qual logo se expande para os Estados Unidos e outros países próximos da tradição britânica, trata o direito administrativo antes pelo viés do processo (próprio de um *common law*, aplicável a todos os sujeitos de direito) pelo qual a administração impõe regras e se relaciona com os indivíduos. Daí resultam temas, a integrar o repertório do direito administrativo, mais ligados à aplicação do *due*

[7] O Direito administrativo poderia ser visto pelos ingleses como um "vestígio ultrapassado do Antigo Regime" e seus elementos essenciais como "uma verdadeira negação do Direito", "uma tradução pura e simples do absolutismo governamental" (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolution française et administration contemporaine*, p. 24). É célebre, nesse sentido, a formulação de Albert Venn Dicey, em seu *Introduction to the study of the law of the constitution*. Não parece oportuno, aprofundar-se este ponto (ao qual brevemente se vai voltar logo adiante), mas é interessante referir o estudo de Sabino Cassese (*La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*, pp. 61-66) sobre o que entende serem os equívocos de Dicey ao formular tal proposição – basicamente, não considerar vários elementos presentes na Inglaterra (novas leis administrativas, novas competências do estado central, desenvolvimento de poderes locais e insuficiência do controle da Administração pelos tribunais ordinários); dar pouca importância ao direito legislado pelo parlamento inglês; e levar em conta aspectos obsoletos do direito francês – e também sobre os equívocos recíprocos de sua polêmica com Maurice Hauriou.

[8] Com todas as ressalvas quanto à simplificação, que esconde diferenças específicas de várias tradições nacionais. A propósito, ver, de Michel Fromont, *Droit administratif des états européens*.

process of law à relação entre estado e indivíduos, seja no plano da produção normativa, seja no plano da execução e fiscalização do cumprimento das normas (*regulation*).

De todo modo, para ambos os casos, é nota essencial do direito administrativo constituir um direito que se impõe aos governantes e à administração pública.

1.2. Emprego do conceito como instrumento de afirmação científica do direito administrativo

Nesse período histórico inicial, constata-se, na perspectiva do modelo europeu continental, o uso do conceito de direito administrativo numa busca da afirmação científica de um novo ramo do direito e da especialidade de um conjunto normativo sobre o qual esse ramo se debruça, cuja identidade centra-se na figura da administração pública.

Já na perspectiva do modelo anglo-americano, o tratamento conceitual do direito administrativo, nesse tempo inaugural, pelos motivos que se acaba de expor, resulta mais em uma negação, ou no silêncio.

Verifiquem-se algumas abordagens de pioneiros autores franceses,[9] o que se justifica pela primazia francesa do desenvolvimento científico da disciplina.

O Barão de Gérando,[10] numa perspectiva tipicamente francesa, começa por invocar – o que a doutrina majoritária francesa ainda hoje dize ser a *summa divisio* – a distinção direito público e direito privado, para inserir o direito administrativo no âmbito do primeiro, distinguindo-o do direito constitucional:

> "O direito administrativo forma um dos dois ramos do direito público interno. Ele se distingue do direito constitucional, que forma o outro ramo, na medida em que abrange somente a ação do poder executivo para o serviço dos interesses gerais; mas ele tangencia o direito constitucional, apoia-se sobre ele, toma-lhe emprestado seus princípios fundamentais e, em diversos pontos, se coordena com ele.[11]

[9] Todas as traduções para o português contidas neste verbete foram feitas pelo autor.
[10] DE GÉRANDO, Joseph-Marie (Baron). *Institutes du droit administratif français*, pp. 1-2.
[11] Nota-se, como algo peculiar da abordagem de De Gérando, uma ênfase na menção do direito constitucional como próximo ao direito administrativo. Esse dado sugere a lembrança de que, um século mais tarde, outro notável administrativista francês, Léon Duguit, desenvolverá a maior parte de suas ideias sobre direito administrativo dentro dos volumes com compõem seu *Traité de droit constitutionnel*.

> O direito administrativo determina as obrigações e os direitos da administração pública, estabelece as formas segundo as quais essas obrigações são cumpridas e esses direitos exercidos.
>
> Ele rege as relações da administração pública, seja com seus próprios agentes, seja com os simples particulares, seja com as comunidades locais ou corporações e as autarquias[12]".

Para Macarel:[13]

> "O direito administrativo compõe-se das leis de interesse público que, em cada nação, disciplinam os direitos e os deveres respectivos da administração e dos cidadãos, como membros do Estado".

O mesmo autor, logo antes explica que tais leis são de três espécies: "leis de princípio" (que são o "móvel" da administração e dos cidadãos em suas relações sociais), "leis de organização e de atribuições" e "leis de procedimento administrativo". E, além dessas leis, os regulamentos que as desenvolvem, provendo a sua execução.

Por sua vez, outro autor dessa época, Cormenin,[14] destoando dos demais, não oferece conceito de direito administrativo, passando diretamente a discutir o Conselho de Estado, como capítulo inaugural de sua obra.

É, no entanto, de Laferrière o conceito cuja formulação acaba por ser adotada preferencialmente pelos primeiros autores brasileiros, como será visto logo a seguir.

A formulação de Laferrière não destoa muito de outras, mas nela se pode detectar uma certa síntese na linguagem e ligeira expansão de conteúdo, de modo a incluir na mesma frase as ideias de "ciência", de "ação e competência", de administrações "locais" ao lado das "gerais" e de relações interestatais, ao lado das relações do Estado com os "administrados". Eis o conceito dado por Laferrière:[15]

> "O direito administrativo, propriamente dito, é a ciência da *ação* e da *competência* do poder executivo, das administrações gerais e locais e dos

---

[12] *Établissements publics*, o que corresponde, aproximadamente, ao sentido brasileiro de autarquias.
[13] MACAREL, Louis Antoine. *Cours d'administration et de droit administratif*, pp. 18-19.
[14] CORMENIN, Louis Marie de Lahaye, Vicomte de. *Droit administratif*.
[15] LAFERRIÈRE, Louis Firmin Julien. *Cours de droit public et administratif*, p. IX. O tema é desenvolvido nas pp. 334 e ss.. O autor dedica-se ainda a argumentar que é adequado tratar o direito administrativo conjuntamente com o direito público (este formado pelo direito público filosófico, também dito político, e pelo direito público positivo: constitucional, eclesiástico e internacional); mas frisa que o direito administrativo é distinto do direito público positivo (concebido como os três ramos indicados) (pp. VIII-IX).

> conselhos administrativos, em suas relações com os direitos ou os interesses dos administrados e com o interesse geral do Estado" (destaques no original).

Em linha semelhante, cite-se ainda Pradier-Foderé:[16]

> "O *direito administrativo* é a ciência da ação e da competência do poder central, das administrações locais e dos tribunais administrativos, em suas relações com os direitos, os interesses dos administrados e com o interesse geral do Estado" (destaques no original).

Como visto, a noção de direito administrativo surgida na França, por força das alterações institucionais da administração pública decorrentes da Grande Revolução, logo alcança a produção jurídica de países próximos.

Nesse sentido, a obra de Gian Domenico Romagnosi[17] – a qual, em que pese não francesa, mas italiana, costuma ser apontada como a primeira de maior relevância sobre o direito administrativo, numa perspectiva de ciência do direito[18] – apresenta o direito administrativo, sem dar-lhe propriamente um conceito, a partir da perspectiva de uma administração pública – "série de ações que interessam a toda uma sociedade política, realizada pela autoridade soberana" –, distinta da pessoa dos governantes e pautada pelo direito.

Também na Espanha há registros de conceitos de direito administrativo elaborados nesse período inicial.

Posada de Herrera,[19] em obra cujo título dá mais ênfase à noção de "administração" do que à de "direito administrativo", e que não traz propriamente um conceito de direito administrativo, abre a primeira lição de seu curso com a frase de impacto:

> "Senhores, a administração é de todos os tempos e de todas as sociedades, mas em todas as administrações segundo sua variada classe há sempre um princípio que domina e forma, por assim dizer, a base de todas elas e a base do direito administrativo".

Com esse posicionamento, parece destoar de outros autores do período, ao admitir um direito administrativo que acompanhe a sociedade em qualquer época

[16] PRADIER-FODERÉ, Paul. *Précis de droit administratif*, p. 15.
[17] ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Principii fondamentali di diritto amministrativo*, p. 7.
[18] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, pp. 53-54.
[19] POSADA DE HERRERA, José de. *Lecciones de administracion*, pp. 4 e ss.

histórica. No entanto, sua observação há de ser compreendida em conjunto com as ideias contidas no "Discurso inaugural", que traz como prefácio de seu livro. Lá se festeja o estabelecimento da cátedra que leciona na *Escuela Especial de Madrid*, não apenas como o "progresso da instrução pública", mas também como "um daqueles fenômenos que, revelando o estado da sociedade, provam que este ser moral se aproxima de seu completo desenvolvimento, e que é chegado o tempo de entregar-lhe o cuidado de seus próprios interesses". Lembra que "houve um dia em que os povos arrastavam silenciosos as correntes do despotismo, sem atrever-se a reclamar a parte que legitimamente lhes correspondia em seu governo", para questionar: "Que importavam então ao homem seus direitos, se não os podia fazer valer e respeitar?".

Enfim, pode-se interpretar suas ideias como acolhedoras da compreensão do contexto político institucional do estado de direito como pressuposto do direito administrativo.

A seu turno, Colmeiro[20] assim conceitua o direito administrativo:

> "O direito administrativo será, pois, o conjunto de leis que determinam as relações da administração com os administrados, ou seja, a ciência da ação e da competência do poder executivo enquanto ordena e regula os interesses gerais. Donde se conclui que o direito administrativo difere do civil em razão de seu objeto, seu fim e seus meios".

Acrescente-se uma sumária nota para esclarecer, acompanhando-se as lições de Fritz Fleiner, como se passou o desenvolvimento do direito administrativo alemão[21] no mesmo período ora estudado.

Fleiner[22] observa que, tendo a Revolução Francesa arruinado as instituições políticas do antigo regime, pôde-se formar "um Direito público homogêneo para a administração pública". Na Alemanha, no entanto, "o desenvolvimento seguiu outro caminho":

> "O Direito administrativo alemão [...] não foi originado por uma crise violenta do Estado e da Sociedade, senão foi fruto de uma lenta transformação ocorrida em cada um de seus Territórios. Este desenvolvimento não se verificou ao

[20] COLMEIRO, Manuel. *Derecho administrativo español*, p. 27-28.
[21] Com a ressalva de que a unificação alemã (assim como a italiana) ocorre na segunda metade do século XIX.
[22] FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*, p. 25.

> mesmo tempo nos distintos Estados alemães e em nenhum deles o novo Direito estabelecido chegou a derrogar radicalmente o antigo; em cada período se observam vestígios jurídicos de antigas concepções, já superadas. Mas em todos os períodos se determinam novas maneiras de conceber a posição do Poder público em relação a seus súditos e o Direito, distintas das anteriores".

De todo modo, ao final do século XIX,[23] Otto Mayer,[24] de modo semelhante a autores franceses, italianos ou espanhóis, já afirmava o direito administrativo como o "direito relativo à administração", cuidando das relações entre o "Estado administrador" e os sujeitos. Mayer ainda preocupa-se em distinguir direito administrativo e direito constitucional, sendo a objeto central deste a formação do poder soberano, o qual, na administração, vê-se em ação.

No entanto, destaca-se no pensamento de Mayer uma visão excessivamente pendente a dar relevo às prerrogativas do poder estatal.

Mayer parte da superação do modelo do estado sob regime de polícia pelo modelo do estado sob o regime de direito. O primeiro é marcado por uma intensificação da "*puissance publique*" e pela expansão da polícia, que se torna instrumento sistemático para conduzir a massa humana a um fim elevado: a força e a grandeza da coisa pública.[25]

Todavia, "o regime da polícia preencheu o período de transição entre o antigo direito e o estado de coisas que o tempo presente nos oferece. Era uma escola severa para nos preparar ao estado moderno". O que há de novo é que a "*puissance souveraine universelle*" recebe uma organização especial, revestindo-se do direito. Passa, pois, a haver direito na relação entre o Estado e o indivíduo, do que resulta um "direito público administrativo que se aplica à administração, ao lado do que resta atribuído ao direito civil".[26]

Para Mayer,[27] o Direito civil cuida de fixar os limites do poder jurídico recíproco entre os indivíduos, enquanto no direito administrativo os direitos individuais exercem um papel acessório, sendo o principal a *puissance publique* e o modo pelo qual é organizada pelo direito.

---

[23] A primeira edição alemã de seu *Deutsches Verwaltungsrecht* é de 1895. O próprio autor realizou a edição francesa – *Droit administratif allemand* – em 1903.
[24] MAYER, Otto. *Droit administratif allemand*, pp. 15-16.
[25] *Idem*, p. 43.
[26] MAYER, Otto. *Droit administratif allemand*, pp. 64-65.
[27] *Idem*, p. 174.

No Brasil, o Visconde do Uruguai[28] dedica-se a encontrar o "entroncamento" do direito administrativo – "ciência muito nova" – na "grande classificação do Direito".

Ao buscar uma definição para o direito administrativo, Uruguai detecta várias, umas mais e outras menos abrangentes, o que "produz grande confusão no espírito daqueles que procuram iniciar-se na ciência daquele direito".

Deduz-se aqui a grande preocupação, típica de obras jurídico-científicas da época – o que vai continuar no estilo adotado no início do século XX –, com a ideia de que, sem de plano conhecer-se o conceito daquilo que se vai estudar, resta prejudicada a boa compreensão da matéria.

Enfim, Uruguai[29] acolhe a definição que dá o francês Laferrière, por lhe parecer a mais compreensiva e satisfatória:

> "O direito administrativo propriamente dito, diz ele [Laferrière], é a ciência da ação e da competência do poder Executivo, das administrações gerais e locais e dos conselhos administrativos, em suas relações com os interesses ou direitos dos administrados ou com o interesse geral do Estado".

Nota-se que o conceito assim enunciado é muito próximo daqueles que oferecem Pereira do Rego, Veiga Cabral e Furtado de Mendonça,[30] sem, no entanto, referirem Laferrière ou outro pensador, numa indicação de que se tratava de conceito de larga difusão entre o pensamento administrativista brasileiro da época. Aliás, o conceito acima citado também é muito próximo do de Pradier-Foderé, cujo método Pereira do Rego expressamente declina seguir.

Eis os textos desses outros autores:

De Pereira do Rego:[31]

> "O Direito administrativo é a ciência da ação e competência do poder central, das administrações locais, e dos tribunais administrativos em suas relações com os direitos e interesses dos administrados, e com o interesse geral do Estado".

[28] URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*, p. 79.
[29] *Idem*, pp. 83-84.
[30] Pereira do Rego e Veiga Cabral escreveram suas obras poucos anos antes que Uruguai; Furtado de Mendonça, poucos anos depois.
[31] PEREIRA DO REGO, Vicente. *Elementos de direito administrativo brasileiro, comparado com o direito administrativo francês, segundo o método de P. PRADIER-FODERÉ*, p. 3.

De Veiga Cabral:[32]

> "Direito administrativo é o que regula a ação e competência da Administração nas suas relações com os centros parciais da população, ou os cidadãos individualmente, para execução das leis, decretos, e ordens expedidas por interesse geral ou local".

De Furtado de Mendonça:[33]

> "Direito administrativo é o complexo das leis que regularão a ação e competência da administração central e local, em suas relações com os interesses e direitos dos administrados e o interesse geral do estado, ou especial dos centros parciais de população".

Já o Conselheiro Ribas,[34] escrevendo logo após seus contemporâneos brasileiros, cita as obras deles e ainda faz referências a alguns conceitos da doutrina produzida na França.

Ribas, que também era professor de direito civil, destaca que "a data recente" do nascimento do direito administrativo "contém em si a explicação das dificuldades com que ainda luta esse ramo importante dos estudos jurídicos; novo astro que raia no horizonte da ciência, não pode estar desde já precisamente determinada sua órbita, a sua constituição interna, a influência que exerce ou recebe em relação às demais entidades, que constituem o sistema a que pertence".

E apresenta então, de modo mais original, duas abordagens conceituais para o direito administrativo:[35]

> "Assim, no sentido *restrito*, o Direito Administrativo é a ciência dos direitos e deveres recíprocos da administração e dos administrados, e no sentido *amplo* é a ciência que ensina a organização administrativa, tanto nos seus elementos fundamentais e universais, como no seu desenvolvimento prático de um povo dado; o modo pelo qual ela atua sobre a massa geral da população, ou os seus centros parciais, isto é, os serviços incumbidos aos seus agentes gerais ou locais; as formas de que os seus atos se revestem, e as modificações jurídicas

[32] VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares (Conselheiro). *Direito administrativo brasileiro*, p. 12.
[33] FURTADO DE MENDONÇA, Francisco Maria de Souza (Conselheiro). *Excerto de direito administrativo pátrio*, p. 20.
[34] RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*, pp. 4.
[35] *Idem*, pp. 17-18.

> que em face deles e sob sua influência sofrem os administrados em seus direitos e obrigações".

Esse trecho é precedido de uma consideração que permite ver em Ribas um certo purismo que será encontrado posteriormente em autores positivistas. Para ele, o sentido restrito é o da "verdadeira disciplina jurídica" que, portanto, "não pode abranger mais do que o estudo de direitos e deveres" que "emanam das relações da administração para com os indivíduos sobre quem exerce a sua ação". Já o sentido amplo – que, não sendo o ideal, era o que se via na contingência de adotar para o ensino do direito no Brasil – compreende elementos que não têm uma "substância propriamente jurídica", como a "organização administrativa e as suas atribuições hierárquicas" e a prática da Administração.

Para concluir este tópico, cabe uma menção a ideias anglo-americanas, ainda que de modo muito breve, pois, como visto, nesse período histórico, pelos motivos já expostos, elas resultam mais em uma negação do conceito de direito administrativo.

Nesse sentido, a formulação que restou célebre e que influenciou o pensamento de origem inglesa por muitas décadas,[36] é a de Albert Venn Dicey:

> "Para o termo *droit administratif* o vocabulário jurídico inglês não apresenta equivalente adequado. As palavras 'administrative law', as quais são sua mais natural tradução, são desconhecidas para juízes e jurisconsultos ingleses, e são em si mesmas quase ininteligíveis sem maior explicação. Essa ausência de nossa língua quanto a algum equivalente satisfatório para a expressão *droit administratif* é significativa; a falta de um nome surge no fundo de nosso não-reconhecimento da coisa em si. Na Inglaterra, e nos países que, como os Estados Unidos, derivam sua civilização de fontes inglesas, o sistema de direito administrativo e os genuínos princípios nos quais se baseia são em verdade desconhecidos" (*Introduction to the study of the law of the constitution*, p. 330).

A contundência da posição expressa por Dicey, que bem exemplifica o que se passou no século XIX quanto à compreensão anglo-americana do direito administrativo, progressivamente, no século seguinte, passou a ser mitigada, com observações tais quais as oferecidas por Goodnow.[37]

---

[36] Note-se que a primeira edição de sua obra é de 1885, mas houve reedições correntes até além da metade do século XX.
[37] GOODNOW, Frank Johnson. *Les principes du droit administratif des États-Unis*.

Aliás, a obra de Goodnow ora citada foi originalmente publicada em inglês, nos Estados Unidos (1905), mas logo (1907) ganhou uma edição francesa, com tradução de Gaston Jèze, o qual não deixou de expressar a satisfação em ter conhecimento de um ponto de vista que se distinguia da doutrina anglo-americana então majoritária. São palavras de Jèze:[38]

> "É uma fórmula frequentemente repetida que os anglo-saxões não têm direito administrativo. *Les principes du droit administratif des États-Unis* do Professor Frank J. Goodnow são a demonstração do contrário. É uma das raras obras nas quais um jurisconsulto de língua inglesa apresenta uma exposição sistemática e geral do direito administrativo em vigor nos Estados Unidos".

Goodnow[39] inicia sua exposição observando que o direito público dos tempos passados – entenda-se, nos Estados Unidos – tinha por preocupação principal as questões "constitucionais"; mas, estabelecidas as soluções a elas pertinentes, é chegado o tempo em que ganham preeminência as questões ligadas à função governamental dita "administração". E, justamente, "a expressão 'direito administrativo' é aplicada às regras de direito que regulamentam o cumprimento dessa função".

Segue demonstrando o equívoco de Dicey, ao negar o direito administrativo na Inglaterra, como regra de privilégios da administração e de imunidade jurisdicional dos agentes administrativos. Como, aponta Goodnow,[40] Dicey parte de uma errada compreensão do significado de direito administrativo.

Afirma, então, Goodnow:[41]

> "Pode-se pois dizer, em toda segurança, que o direito administrativo, empregando-se as palavras em seu sentido próprio, existe e deve existir em todos os países que tenham atingido um desenvolvimento político digno desse nome".

Segundo Goodnow, enquanto o direito constitucional tem por objeto o estudo da organização do governo, o direito administrativo ocupa-se "das funções, da fisiologia, por assim dizer, do governo".

Enfim, pode-se concluir o presente tópico com a ideia-síntese de que a produção

[38] JÈZE, Gaston. *Avertissement de l'édition française*, p. II.
[39] GOODNOW, Frank Johnson. *Op. cit.*, p. 3.
[40] *Idem*, p. 4.
[41] *Idem*, p. 5.

administrativista no século XIX dedicou grande esforço a afirmar sua própria existência, a existência do direito administrativo enquanto ciência: distinguindo-se da ciência da administração por ser parte da ciência jurídica; e, dentro do âmbito da ciência jurídica, distinguindo-se de outros ramos do direito (especialmente do constitucional e do direito civil).

O mesmo esforço prestava-se à afirmação da existência do especial fenômeno normativo – direito administrativo enquanto norma – que é objeto do tratamento científico dado pelo direito administrativo.

Para tal tarefa, em ambos os enfoques acima apontados, era fundamental a abordagem conceitual do "direito administrativo".

Esse conceito – ainda que varie acidentalmente conforme peculiaridades de cada país – tem por substância a noção da administração, no contexto político-institucional do estado de direito, ou seja, da sujeição da administração e dos governantes à regra de direito, a qual passa a pautar suas relações internas e, notadamente, suas relações com os indivíduos.

2. MODOS CONTEMPORÂNEOS DE ABORDAGEM CONCEITUAL

Consolidados, ao final do século XIX, a noção de administração enquanto função estatal e o reconhecimento da existência do direito administrativo, perde ênfase na produção científica administrativista a discussão sobre conceito de direito administrativo.

A abordagem conceitual, assim, muda de foco. Neste tópico, propõem-se duas linhas de análise desse fenômeno.

De um lado, o reforço da percepção da administração pública enquanto fenômeno jurídico.

De outro, a substituição de uma investigação mais formal do conceito por uma investigação sobre o conteúdo do direito administrativo.

2.1. Reforço da percepção da administração pública enquanto fenômeno jurídico

O início do século XX, contando com o acúmulo de quase um século de produção científica sobre a matéria, testemunha uma diferente perspectiva de

aproximação do tema do conceito de direito administrativo.

Não se trata mais de afirmar o espaço do direito administrativo no âmbito da ciência do direito – seja externamente, por contraste com a ciência da administração, seja internamente, por contraste com o direito constitucional ou com o direito civil –, fato este que já está consolidado.

Os autores que então produzem preponderantemente adotam mais um discurso narrativo sobre origens históricas e evolução desse ramo do direito, eventualmente classificando-o segundo tendências nacionais, ou sistemas, sem prejuízo de que até, de modo residual, forneçam seus conceitos de direito administrativo.

Por ser uma das principais referências para o período, autor de vasta obra sob a forma tratadística, cite-se Vittorio Emanuele Orlando.[42]

Orlando dedica algumas dezenas de páginas para discutir criticamente as origens recentes do direito administrativo, destacando a escola francesa e a escola alemã; e os diversos critérios para a definição da ciência do direito administrativo. Mas ainda reserva certo esforço para distinguir direito administrativo de ciência da administração.

De todo modo, Orlando admite sem hesitação que a ciência do direito administrativo surge em torno da noção de administração pública.[43]

E, sem se preocupar especificamente com conceito de direito administrativo, passa a desenvolver a discussão sobre seu conteúdo, analisando-o em termos de atividade jurídica (manutenção do direito, da paz e da ordem), de atividade patrimonial (gestão do próprio patrimônio) e de atividade social (promoção da cidadania em suas várias manifestações de bem estar físico, econômico e intelectual).[44]

Aliás, as duas primeiras espécies de atividade, Orlando considera, sem dúvida,

---

[42] ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, v. I (*Introduzione al diritto amministrativo*). Mas também é interessante citar, até por fornecer um ponto de vista de um país distante, ainda que juridicamente influenciado pela França, a análise feita por Yorodzu Oda. O autor, para discutir a definição do direito administrativo, apresenta três sistemas jurídicos: o francês – um direito "fundado sobre a concepção de prerrogativa da administração", tendo por motor principal a jurisdição administrativa –; o alemão – originalmente influenciado pelo francês, mas ganhando desenvolvimentos em torno da teoria do *Rechtsstaat*, por contraste com o *Polizeistaat*, de modo enfatizar-se a conformação dos poderes estatais à regra de direito –; e o inglês – em que a *common law* abarca todos os ramos do direito (*Droit administratif du Japon*, pp. 1 e ss.).

[43] O mesmo desenvolvimento encontra-se – em obra um pouco posterior, mas também marcante da doutrina italiana da época – no pensamento de Santi Romano (*Corso di diritto amministrativo*), aluno de Orlando e colaborador em obras por ele coordenadas.

[44] ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, v. I (*Introduzione al diritto amministrativo*), pp. 78-79.

integrantes do direito administrativo; quanto à social (que os franceses diriam *service public*), destaca ser objeto de muita controvérsia, havendo quem a pretenda identificar como sendo própria da ciência da administração e não do direito administrativo.

Com efeito, a virada do século XIX para o XX é o tempo da consolidação da noção de serviço público – acompanhando a evolução do estado, que transita do modelo liberal para o modelo de bem estar social – a qual marcará uma nova etapa do desenvolvimento científico do direito administrativo, como será visto mais adiante, no subtópico 2.2, dando nova feição ao tratamento do tema do "conceito de direito administrativo".

Essas novas abordagens do conceito do direito administrativo permitem notar o adensamento do tratamento jurídico-normativo das atividades da administração.

A função administrativa ganha complexidade e a organização social exige que o direito administrativo expanda seu alcance normativo, disciplinando aspectos que antes eram deixados mais livres à ação mais puramente política ou ficavam sujeitos a critérios de boa gestão.

Acompanhando essa ampliação de complexidade e densidade do direito administrativo, o início do século XX traz importante alteração de perspectiva sobre como compreender a administração.

Isso é resultado, principalmente, da contribuição trazida pelo pensamento positivista da Escola de Viena, que concebe a administração como função *jurídica* estatal, a merecer tratamento próprio pela ciência do direito.

Autor emblemático dessa tendência é Adolf Merkl, em sua *Allgemeines Verwaltungsrecht*, de 1927, que acompanha de perto o desenvolvimento das primeiras ideias de seu amigo Hans Kelsen (e a ele até dedica o referido livro)

No prólogo de sua obra, Merkl[45] esclarece que a "juridificação progressiva experimentada pela administração nos estados de direito" foi acompanhada de importante desenvolvimento da teoria do direito administrativo, fazendo-a aproximar-se – em termos de solidez teórica – de "seu modelo mais antigo", a teoria do direito privado. A diferença então faltante para que se chegasse ao mesmo nível decorria da recusa ou da dificuldade da teoria do estado em aceitar "a última consequência implícita na ideia de estado de

[45] MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*, p. 1.

direito, a saber: que toda a administração do estado, de igual modo que o próprio estado, é uma função jurídica". E disso decorre que "a teoria cujo objeto seja essa função terá que fundamentar-se integralmente como teoria jurídica".

Prossegue Merkl:

> "O pressuposto para este último passo nos foi oferecido por Hans Kelsen com sua concepção de estado como sistema de funções jurídicas. O presente livro pretende extrair as consequências dessa tese capital da teoria pura do direito de Kelsen para aplicá-las à função do estado designada como administração. A porção do estado qualificada de administração haverá de ter em comum com o estado total sua natureza exclusivamente jurídica. [...] A teoria da administração desenvolvida neste libro não é mais, nem menos, que uma teoria do direito administrativo".

Na visão de Merkl,[46] a noção de administração acaba por se absorver na de direito administrativo. E uma ciência da administração acaba por se converter, mediante seu objeto (o direito administrativo), em uma ciência do direito administrativo.

Para especificamente oferecer um conceito de direito administrativo, Merkl[47] dedica uma longa análise ao conceito (jurídico) de administração, e mesmo repassa aspectos do conceito de "direito", para concluir – com um conceito que se desdobra em uma perspectiva orgânica e outra funcional – do seguinte modo:

> "O *direito administrativo* constitui uma *seção, qualificada por seu conteúdo, da ordem jurídica total, aquela seção que se refere à administração*, que *regula a administração*. Se introduzirmos nesta acepção brevíssima do conceito de direito administrativo o conceito de administração, o que significa como função de determinados órgãos, o direito administrativo se apresenta como *aquela fração da ordem jurídica que deve ser aplicada por órgãos administrativos*, isto é, órgãos executivos com competência para fixar instruções[48] ou dever de obedecê-las. Se transpusermos a definição do *orgânico* ao *funcional*, poder-se-á definir o direito administrativo como *conjunto de normas jurídicas que regulam aquela atividade executiva*

[46] MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*, p. 5.
[47] *Idem*, p. 102.
[48] A noção de instrução (no original em alemão, *Instruktion* ou *Weisung*), para Merkl, tem um sentido específico: é a forma jurídica pela qual um órgão executivo pode influir em outro; trata-se de ato executivo pelo qual, no exercício de competência, um órgão determina a conduta de outro (*Teoría general del derecho administrativo*, p. 53).

> *condicionável pelas instruções*, ou – aceitando, por certo, que toda *a atividade executiva está composta de funções jurídicas* –, o *conjunto de normas jurídicas que regulam aquelas funções jurídicas determináveis mediante as instruções*" (destaques no original).

O pensamento positivista da Escola de Viena efetivamente marcou o século XX em termos de ciência do direito. Ainda que outras correntes teóricas discordem de suas premissas de método ou, independentemente de frisar discordâncias, sigam percursos diversos, o positivismo, sem dúvida, exerceu difusamente uma influência no sentido de reconhecer-se a necessidade de método para que se produza ciência do direito.

E, sob essa influência, a doutrina do século XX tenderá a discutir o tema do conceito do direito administrativo:[49]

a) qualificando-o de modo jurídico (sem praticamente mais fazer referências à ciência da administração);

b) valendo-se do elemento fundamental "administração" (parcela do estado), seja pela perspectiva orgânica, seja pela perspectiva funcional, mas compreendida como sendo enquadrada pelo direito;

c) integrando a discussão do tema do conceito a uma investigação sobre conteúdo do direito administrativo.[50]

2.2. Ênfase no conteúdo do direito administrativo

Como visto – e pelas razões acima expostas – a produção científica do direito administrativo, desde o início do século XX e de modo progressivamente crescente, deixa

[49] Para efeito deste verbete, não parece adequado, em conjunto com a análise que se acaba de produzir, citar exemplos de conceitos oferecidos pela doutrina contemporânea, nacional ou estrangeira. Alguns motivos o justificam. A opção pela citação de obras mais antigas, de cunho fundador do direito administrativo, acompanha a opção de método histórico de desenvolvimento deste estudo, buscando elucidar a importância específica da questão conceitual nos primórdios do direito administrativo. Além disso, o acesso do leitor a obras como aquelas é muito mais restrito. Por outro lado, a doutrina contemporânea, à qual se somaria a produção do século XX, além de numerosíssima, é efetivamente muito mais acessível ao leitor.

[50] Dentre autores que escreveram em meados do século XX, vale destacar Charles Eisenmann – autor de um pensamento de grande precisão e originalidade, discípulo de Kelsen e grande responsável pela introdução e difusão de suas ideias na França. Eisenmann dedicou um de seus cursos, em Paris, no ano universitário de 1951/1952, integralmente ao tema "definição e estrutura do direito administrativo", o que depois foi integrado como a parte I de seu *Cours de droit administartif* (obra formada pela reunião de diversos cursos anuais que ministrou na universidade). O referido curso de 1951/1952 resulta em um conjunto de mais de 200 páginas que bem ilustra o quanto acaba de se afirmar como conclusão deste subtópico.

de proceder a uma discussão mais formal do conceito, dedicando-se a uma investigação sobre o conteúdo do direito administrativo.

Pode-se sustentar que um primeiro grande impulso científico a provocar essa mudança – ainda que não gerado com esse objetivo específico – é dado pela polêmica introduzida por Léon Duguit e os demais adeptos da linha de pensamento conhecida como Escola do Serviço Público.

O ponto fundamental dessa polêmica é a proposta, em termos científicos, da substituição do fundamento do direito administrativo: da *puissance publique* para o serviço público.

Originalmente em obra voltada a analisar as transformações do direito público (o que se mantém, posteriormente, em toda sua vasta produção), Duguit[51] propõe a negação da soberania (*souveraineté* ou *puissance publique*, termos que ele toma por sinônimos) como fundamento do direito público e sustenta o serviço público como o verdadeiro fundamento.

Aí está a ideia de que as regras especiais que venham a caracterizar o regime aplicável à administração decorram não de um valor inerente à sua suposta superioridade, mas sim de uma necessidade de bem desempenhar sua função de servir. Pode-se assim dizer que o serviço público é a função social da administração.

Nesse enfoque, o direito público deixa de ser marcado por relações entre pessoas desiguais, soberano e súdito, tornando-se um "conjunto de regras que determinam a organização dos serviços públicos e asseguram seu funcionamento regular e ininterrupto":

> "Assim como o Direito privado deixa de estar fundado no direito subjetivo do indivíduo, na autonomia da pessoa mesma e repousa hoje na noção de uma função social que se impõe a cada indivíduo, o Direito público não se funda no direito subjetivo do Estado, na soberania, senão repousa na noção de uma função social dos governantes, tendo por objeto a organização e o funcionamento dos serviços públicos".[52]

[51] DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*, pp. 33 e ss.
[52] *Idem*, pp. 52-53.

Quanto à noção de serviço público – citando-se aqui outro célebre autor da Escola do Serviço Público –, Gaston Jèze[53] parte da constatação de que em "todos os países civilizados a administração tem por missão satisfazer às necessidades de interesse geral" (p. ex.: defesa nacional, polícia, justiça, vias públicas), mas não todas, uma vez que algumas, conforme o momento histórico, são deixadas aos particulares (p. ex.: alimentação, salvo caso de crise de abastecimento, fornecimento de medicamentos). A administração pode cumprir essa missão de modo exclusivo (p. ex.: polícia, justiça, comunicação telegráfica ou telefônica, transporte de cartas) ou concorrente com os particulares (p. ex.: ensino, teatros, serviços sanitários, assistência social). Para tanto, a Administração pode valer-se de procedimentos de direito privado, ou de direito público. E prossegue:

> "A ideia do serviço público está intimamente ligada com aquela do procedimento de direito público.
>
> "Dizer que, nessa hipótese, há serviço público é dizer que, para dar satisfação regular e contínua a tal categoria de necessidades de interesse geral, os agentes podem aplicar os procedimentos de direito público, isto é, um regime jurídico especial e que a organização do serviço público pode ser modificada a todo instante pelas leis e regulamentos sem que nenhum obstáculo intransponível de ordem jurídica possa ser oposto".[54]

Deduz-se, pois, das obras desses autores ser mais relevante a investigação de qual objeto é a razão de ser do direito administrativo, do que a apresentação de um conceito formal desse direito.

O direito administrativo, pela perspectiva da Escola do Serviço Público, passa a ser conceitualmente compreendido numa visão funcional, voltada a seus fins, sintetizados na noção de serviço público.

Entretanto, a emergência da Escola do Serviço Público enseja o surgimento de um debate, que logo transcende os limites da França para pautar (ainda que de modo reflexo ou menos consciente) o desenvolvimento teórico do direito administrativo em

[53] JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*, pp. 1/2.
[54] É certo que Duguit e Jèze divergiam quanto a certos aspectos da definição de *serviço público*, em especial quanto ao modo de se definir que atividades devem ser consideradas objeto do serviço público: Jèze procura oferecer um critério *jurídico*, o qual aponta estar ausente na obra de Duguit, impregnada esta por uma visão sociológica.

diversos países do mundo ocidental.

Isso porque uma corrente igualmente respeitável do pensamento administrativista levantou objeções à principal tese da Escola do Serviço Público, vindo a caracterizar a chamada Escola da *Puissance Publique*.[55]

Seu principal expoente, Maurice Hauriou, situa com precisão a questão no prefácio, intitulado "*La puissance publique et le service public*", que escreveu à 11ª edição de seu *Précis*.

Para Hauriou,[56] *puissance publique* e serviço público são as "duas noções mestras do regime administrativo francês". O serviço público é a "obra a realizar pela administração pública"; e a *puissance publique*, o "meio de realização".

Segue registrando que os publicistas que "organizaram o direito administrativo" francês conceberam-no fundado sobre a *puissance publique*: tanto porque a separação de poderes proclamada pela "legislação revolucionária" havia evidenciado as bases do poder executivo, como porque a "tradição dos juristas de todos os tempos" leva a que se situe o "domínio próprio do direito, não na zona dos fins perseguidos, mas naquela dos meios empregados para atender a esses fins".

Admite Hauriou[57] que a doutrina clássica negligenciou o ponto de vista dos fins, dando margem a que as doutrinas socialistas das últimas décadas do século XIX reabilitasse a noção de fins no direito – "porque ela é social, enquanto que a dos meios de direito é individualista". Mas "em lugar de deixá-la, a noção de fim, em seu lugar, que é o segundo, eles a promoveram ao primeiro lugar. Subitamente, o fim, que não era nada, tornou-se tudo".

Sobre essa realidade, Hauriou[58] manifesta-se com veemência:

> "Essa inversão de valores constitui a heresia do socialismo jurídico[59], cujos efeitos desastrosos não menos revolveram o mundo do direito que os cismas religiosos revolveram a cristandade.

---

[55] O termo não é adequadamente traduzível para o português. Sua substituição por "poder público" é equívoca. O uso de expressões como "potência" ou "potestade" não remetem a uma compreensão simples. Seria possível, sim, a tradução, menos literal, por "soberania" (Duguit, como já mencionado, dá por equivalentes *puissance publique* e *souveraineté*). Entretanto, é corrente no Brasil o uso da expressão no original francês.
[56] HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, p. IX.
[57] *Idem*, p. X.
[58] *Ibidem*.
[59] Tendência da qual Duguit declarava-se adepto.

> Foi sobre a lógica do erro quanto à primazia do fim que, no direito público, criou-se uma 'Escola do serviço público', esforçando-se para fazer predominar a ideia de serviço, considerado como fim do Estado, sobre aquela da *puissance* da vontade do Estado considerada como meio de realizar o fim".

Com essa perspectiva, eis como Hauriou[60] define direito administrativo:

> "Em um país com regime administrativo, o direito administrativo é *aquele ramo do direito público que rege: 1º a organização da empresa da administração pública*[61] *e das diversas pessoas administrativas nas quais ela se encarna; 2º os poderes e os direitos que possuem essas pessoas administrativas para acionar os serviços públicos; 3º o exercício desses poderes e desses direitos pela prerrogativa, especialmente pelo procedimento de ação de ofício, e as consequências contenciosas que se seguem*" (destaques no original).

Nota-se, pois, no conceito a ênfase no regime jurídico próprio da administração (próprio da *puissance publique*), e não em seus fins.

Em suma, trata-se de uma divergência sobre qual a perspectiva cientificamente relevante para melhor se compreender o fenômeno do direito administrativo:

De um lado, uma perspectiva estrutural,[62] que toma a administração pública pelo que ela essencialmente é (*puissance publique*) daí resultando inexoravelmente (decorrência de ela ser o que é) os meios pelos quais age, ou seja, seu regime jurídico.

De outro lado, uma perspectiva funcional, que vislumbra a administração pública por sua função social e pelos fins a que visa (serviço público), aos quais devem se adequar, como meios (não essencialmente inerentes à administração), os elementos de seu regime jurídico, o qual, portanto, ganha flexibilidade.

Esse debate entre uma perspectiva científica que dá mais ênfase a um aspecto de meios para a identificação do direito administrativo e outra que destaca um aspecto de fins, com as devidas adaptações às circunstâncias de cada realidade nacional, permeia o direito administrativo no século XX e torna menos importante a afirmação formal do

[60] HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, p. 20.
[61] "Empresa de administração pública" é conceito bem típico da doutrina de Hauriou: "a atividade da administração pública organizada em uma instituição deve ser considerada como uma espécie de empresa de gestão de negócios dirigida ao mesmo tempo no interesse do governo do Estado e no interesse do público" (*Précis de droit administratif et de droit public*, p. 17).
[62] Empregando-se aqui uma dicotomia analítica bem presente em Bobbio (*Da estrutura à função*).

conceito, substituindo-a pelo foco no conteúdo.

Mais do que enunciar um conceito para identificar-se o direito administrativo, busca-se compreender como o direito administrativo se compõe (seus meios, seus fins).

No caso do Brasil contemporâneo, por exemplo, identifica-se nitidamente uma tensão entre uma corrente de pensamento que, para compreender cientificamente o direito administrativo, invoca como elemento principal os "direitos fundamentais", e outra que o faz mediante o elemento "interesse público".[63]

As noções de direitos fundamentais (ou, como antes se dizia, individuais) e de interesse público são elementos presentes na teoria do direito administrativo no Brasil desde suas origens. A novidade do período atual está no fato de essas noções tornarem-se os polos de um debate análogo ao que se celebrizou na França, protagonizado pela Escola do Serviço Público e pela Escola da *Puissance Publique*, permitindo até sustentar-se existirem uma "Escola dos Direitos Fundamentais" e uma "Escola do Interesse Público", marcos de uma teoria brasileira do direito administrativo.

A Escola dos Direitos Fundamentais conecta-se com a lógica de fins da Escola do Serviço Público, ainda que extraia seu elemento finalístico – os direitos fundamentais (e não o serviço público) – de um modo germânico contemporâneo de ver o direito administrativo pelas lentes do direito constitucional.

A Escola do Interesse Público, a seu turno, conecta-se mais intensamente com o modo francês da Escola da *Puissance Publique* de enxergar o direito administrativo pelo viés de meios: um regime jurídico de prerrogativas e sujeições decorrente do modo de ser da administração como sujeito de direito.

De um lado, entende-se o direito administrativo como voltado à realização dos direitos fundamentais, daí decorrendo um regime jurídico aplicável às relações nas quais a administração pública esteja envolvida, mas regime esse modulável conforme sua adequação aos fins.[64]

E, de outro, o direito administrativo é identificado por possuir um regime jurídico específico, que é inerente à administração pública, na medida em que esse regime

[63] O tema foi explorado por este autor em *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*.
[64] Odete Medauar aponta que a noção de *um* regime jurídico administrativo, ligado à ideia de supremacia do interesse público (imprecisa e tendendo a um viés autoritário), é "insuscetível de permear e caracterizar a grande riqueza que o Direito Administrativo ostenta", estando em dissonância com a "fulgurante ascensão e consciência dos direitos fundamentais agora reinantes" (*O direito administrativo em evolução*, p. 380).

é essencialmente conectado com a própria compreensão do que seja o interesse público (o fim – "interesse público" – está absorvido pelos meios – "regime jurídico administrativo").[65]

Por certo, autores que constroem seu pensamento pelo viés do regime jurídico administrativo não negam a importância dos direitos fundamentais;[66] do mesmo modo, autores que se valem do ângulo dos direitos fundamentais não negam a existência de peculiaridades de regime jurídico que pautem as relações da administração.[67]

Trata-se antes de diferentes enfoques científicos para explicar o direito administrativo enquanto fenômeno social.

E ambos ilustram a conclusão deste tópico, indicando que o modo científico de abordagem conceitual do direito administrativo transformou-se, para dar ênfase aos aspectos de seu conteúdo.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. por Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

CASSESE, Sabino. *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni.* Trad. por Jeannine Morvillez-Maigret. Paris: Montchrestien, 2000.

COLMEIRO, Manuel. *Derecho administrativo español*. 3. ed. Madrid: Imprenta

[65]Nesse sentido, é emblemática a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, pp. 55-56).

[66] Cite-se novamente Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, pp. 43-53), especialmente no trecho em que afirma: "Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão* – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem de compor, as hipóteses em que os interesses individuais hão de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal" (pp. 47/48 – destaques no original).

[67] Para Marçal Justen Filho, "o regime de direito público consiste num conjunto de princípios e regras jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais" (*Curso de direito administrativo*, p. 128).

de José Rodriguez, 1863. Tomo I.

CORMENIN, Louis Marie de Lahaye, Vicomte de. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: Gustave Thorel e Pagnerre, 1840. Tomo I.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Volume I.

DE GÉRANDO, Joseph-Marie (Baron). *Institutes du droit administratif français, ou éléments du code administratif réunis et mis en ordre*. 2. ed. (1. ed. em 1829). Paris: Chez Nêve, Librairie de la Cour de Cassation, 1842. Tomo I.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 10. ed. (1. ed. em 1885). London: Macmillan & Co., 1965.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Éditions la Mémoire du Droit, 1999 (edição facsimilar de Paris: Librairie Armand Colin, 1913).

EISENMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. Paris: LGDJ, 2014 (edição facsimilar de Paris: LGDJ, 1982). Tomo I.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. por Sabino A. Gendin. Barcelona/Madrid/Buenos Aires: Editorial Labor, 1933.

FROMONT, Michel. *Droit administratif des états européens*. Paris: PUF, 2006.

FURTADO DE MENDONÇA, Francisco Maria de Souza (Conselheiro). *Excerto de direito administrativo pátrio*. São Paulo: Typographia Allemã de Henrique Schroeder, 1865.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolution française et administration contemporaine*. Trad. por Franck Moderne. Paris: Economica, 1993.

GOODNOW, Frank Johnson. *Les principes du droit administratif des États-Unis*. Trad. por A. et Gaston Jèze. Paris: V. Giard & E. Brière, 1907.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Dalloz, 2002 (edição fac-similar de Paris: Sirey, 1933, 12. ed.).

JÈZE, Gaston. Avertissement de l'édition française. Prefácio a GOODNOW, Frank Johnson. *Les principes du droit administratif des États-Unis*. Trad. por A. et Gaston Jèze. Paris: V. Giard & E. Brière, 1907.

_____. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris:

Dalloz, 2004 (edição facsimilar de Paris, 1930, 3. ed.). Tomo II.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LAFERRIÈRE, Louis Firmin Julien. *Cours de droit public et administratif*. 5. ed. (1ª em 1839). Paris: Cotillon, 1860. Tomo I.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 3. ed. Paris: PUF, 2010.

MACAREL, Louis Antoine. *Cours d'administration et de droit administratif*. Paris: Librairie de Jurisprudence de Plon Frères, 1852. Tomo 1.

MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903. Tomo I

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

_____. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Edição a cargo de José Luis Monereo Pérez). Granada: Comares, 2004 (texto original de 1927).

ODA, Yorodzu. *Droit administratif du Japon*. Paris: Recueil Sirey, 1928.

ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*. Milano: Società Editrice Libraria, 1900. Volume I (*Introduzione al diritto amministrativo*).

PEREIRA DO REGO, Vicente. *Elementos de direito administrativo brasileiro, comparado com o direito administrativo francês, segundo o método de P. PRADIER-FODERÉ*. Recife: Typographia Universal, 1857.

POSADA DE HERRERA, José de. *Lecciones de administracion*. Madrid: Estabelecimento Tipografico, 1843. Tomo I (compiladas por Juan Antonio de Rascon, Francisco de Paula Madrazo e Juan Perez Calbo).

PRADIER-FODERÉ, Paul. *Précis de droit administratif*. 3. ed. Paris: A. Marescq e E Dujardin, 1856.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. S/l: Ministério da Justiça, 1968 (reimpr. do texto original de 1861).

ROMANO, Santi. *Corso di diritto amministrativo – principii generali*. 3. ed.

Padova: CEDAM, 1937.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Principii fondamentali di diritto amministrativo*. 2. ed. (1. em 1814). Firenze: Stamparia Piatti, 1832.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Volume 1.

TROPER, Michel. *Le droit et la nécessité*. Paris: PUF, 2011.

VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares (Conselheiro). *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. São Paulo: Ed. 34, 2002 (texto original de 1862).