

DIREITO ADMINISTRATIVO: ENTRE JUSTIFICAÇÃO E OPERACIONALIZAÇÃO

ADMINISTRATIVE LAW: BETWEEN JUSTIFICATION AND IMPLEMENTATION

GUSTAVO BINENBOJM¹

RESUMO: O texto expõe a evolução contemporânea do direito administrativo brasileiro na perspectiva do autor. Sintetizando as mutações mais relevantes da disciplina, o autor discorre sobre o que denomina de giros democrático-constitucional e pragmático, procurando atender às exigências políticas, econômicas e sociais de seu tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo; Democracia; Constitucionalismo; Interesse público; Pragmatismo; Consequencialismo.

ABSTRACT: The text exposes the contemporary evolution of Brazilian administrative law from the author's perspective. Synthesizing the most relevant mutations of the discipline, the author discusses what he calls democratic-constitutional and pragmatic turns, seeking to meet the political, economic, and social demands of his time.

KEYWORDS: administrative law; Democracy; Constitutionalism; Public interest; Pragmatism; Consequentialism.

774

*“Aquilo que herdaste de teus pais,
conquista-o para fazê-lo teu.”*

Goethe, Fausto

¹ Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. *Master of Laws* (LL.M.) pela Yale Law School (EUA). Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas – ABLJ.

SUMÁRIO: 1. Nota prévia; 2. O direito administrativo e seu discurso de justificação; 3. O direito administrativo e seus desafios de operacionalização; 4. Conclusão.

NOTA PRÉVIA

A constituição de uma tradição pressupõe continuidade. Só o que alcança essa condição de perpetuar-se, de geração em geração, pode merecer esse nome. A possibilidade de contemplar o mundo apoiados nos ombros dos que nos antecederam talvez seja a forma mais antiga de produção de cultura, senão a única. Querendo ou não, somos todos herdeiros de alguma tradição, em todos os campos da experiência humana.

Isto não é diferente com o direito, nem tampouco com seus diferentes ramos especializados. O direito administrativo, portanto, tem a sua tradição e, no Brasil, desenvolveu-se com proeminência uma de suas vertentes tradicionais – a europeia continental. O tipo de colonização que recebemos dos portugueses e sua própria tradição nacional – marcada pela influência intelectual francesa – nos legaram uma compreensão específica de direito administrativo. A herança colonial se perpetuou como uma tradição a marcar o caráter do Estado brasileiro e a moldar a forma de pensamento de seus intelectuais públicos. Acho mesmo que Raimundo Faoro tinha razão quando apontava uma continuidade luso-brasileira no modelo de relação vertical entre estamentos e sociedade.

Mas tradição não é sinônimo de determinismo histórico. A ruptura da tradição pelas novas gerações é algo tão antigo e renitente que chega a constituir-se, ela própria, numa nova forma de tradição. Octavio Paz dizia isso: a ruptura da tradição, por sucessivas gerações, acaba por constituir uma tradição da ruptura. Isso não é diferente com o direito, nem tampouco com o direito administrativo. Embora tenha pouco mais que dois séculos com autonomia didático-científica, a evolução do direito administrativo registra inúmeros embates teóricos e controvérsias doutrinárias, como qualquer outro ramo do Direito. Talvez a natureza umbilicalmente ligada ao fenômeno político, a tradição (sempre ela!) apartada das grandes codificações e o papel instrumental à gestão pública tenham contribuído, em seu conjunto, para incrementar ainda mais o caráter cambiante da doutrina administrativista.

A minha circunstância de ter estudado direito no início dos anos 1990, num país que passava por um processo recente de redemocratização e reconstitucionalização, forjou o meu caráter como alguém simpático à ruptura da tradição do direito administrativo. O direito é o que o *dever-ser* é; a democracia é o que o *dever-ser* deve ser. O Brasil havia reconquistado o direito de autodeterminação coletiva e, os brasileiros, de autodeterminação individual. Era preciso reformar as instituições para colocá-las a serviço da realização dos direitos individuais e das aspirações coletivas. O direito constitucional estava em alta, na

crista da onda de uma nova Constituição. Mas o direito administrativo era um velho edifício em ruínas, clamando por ser reerguido segundo os padrões da democracia constitucional recém-inaugurada.

Faço esse introito apenas para registrar que, por mais iconoclasta que pudesse ser, acabei por inscrever-me no seio de uma certa tradição, que é a tradição da crítica e, eventualmente, da ruptura. Mas hoje vejo com clareza que minhas objeções teóricas, embora me parecessem radicais, apontavam mais para correções de rumo da tradição constituída, do que propriamente para a sua completa superação.

Seja como for, minhas inquietações e perplexidades com o direito administrativo eram inúmeras. Vou aqui organizá-las em dois grandes grupos: o discurso de justificação da disciplina e os desafios da sua operacionalização. No primeiro grupo, estão os fundamentos, isto é, os elementos de legitimação do sistema. No segundo grupo, surgem as condições práticas de implementação do projeto teórico. Para resumir a história: os fundamentos me pareciam longe do ideal e as condições práticas de implementação me pareciam longe da realidade.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO E SEU DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO

A teoria do direito administrativo ensinada nos manuais brasileiros sempre me pareceu *inconsistente*, do ponto de vista lógico-conceitual, *autoritária*, do ponto de vista político, e *ineficiente*, de um ponto de vista pragmático. Foi a inspiração dos meus ídolos na disciplina – Carlos Ari Sundfeld e Marçal Justen Filho, ambos presentes na minha Banca de concurso para Professor Titular na UERJ – que me encorajou a pensar mais livremente sobre essas questões. Até então, isto é, até a leitura desses autores, o direito administrativo me parecia um campo interdito a indagações zetéticas. Era como se a sua dogmática já houvesse sido integralmente revelada pelos juristas pretéritos, numa estranha crença na atemporalidade do passado.

Mas, por honestidade intelectual, precisava escrever sobre o que me parecia um evidente *déficit* no discurso de justificação do direito administrativo. Nesse contexto, o problema central era enfrentar os titãs das gerações anteriores (Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello), que apesar de pertencentes a linhas políticas distintas, cerravam fileiras em defesa da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares. Em artigos esparsos e, sobretudo, na minha tese de doutorado, depois publicada sob o título de *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização* (1ª edição, 2006), procurei demonstrar como os antigos paradigmas da disciplina se encontravam superados, propondo algumas ideias para substituí-los.

Como ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior, fundado no pensamento de Viehweg, o direito (como qualquer domínio do conhecimento), comporta análise sob pelos menos dois enfoques: o dogmático e o zetético. O enfoque dogmático se caracteriza por premissas teóricas que são temporariamente subtraídas à dúvida e

cuja legitimidade decorre da sua ampla aceitação pela comunidade jurídica. O enfoque zetético, ao contrário, caracteriza-se pela questionabilidade das premissas, o que abre caminho para a crítica e a desestabilização dos paradigmas até então vigentes.

No que se refere especificamente ao *problema da supremacia*, foram os artigos de Humberto Ávila e Daniel Sarmento que me despertaram para algumas inconsistências teóricas e sua visceral incompatibilidade com a sistemática de uma Constituição liberal e democrática, como a de 1988. A constitucionalização do direito administrativo foi um caminho teórico para afirmar a proeminência dos direitos fundamentais no elenco de objetivos da Administração Pública, embora a eles não se limitem, por evidente, as tarefas administrativas.

Com efeito, a lei democrática, produzida dentro dos limites da Constituição, opera de forma complementar ao sistema de direitos fundamentais, concretizando, ampliando ou restringindo tais direitos, seja em prol de outros direitos fundamentais, seja em benefício de objetivos coletivos. À Administração Pública cumpre tanto a implementação dos direitos fundamentais (por meio de abstenções, restrições e prestações positivas), como a consecução de metas transindividuais (estabelecidas diretamente pela Constituição ou instituídas pelo legislador democrático).

O recurso à ideia de supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais não resolve os problemas relevantes que se colocam entre o viver individual e o conviver coletivo. Com efeito, há três razões básicas que evidenciam a incompatibilidade dessa noção de supremacia do interesse público com o constitucionalismo democrático:

- (I) a proteção de posições individuais irredutíveis, identificadas, de modo geral, com o conteúdo essencial de direitos fundamentais. Mais do que apenas respeitá-las, por meio de abstenções, há diversas situações em que o Estado-Administração deve atuar na proteção e promoção de direitos individuais, por meio de prestações positivas.
- (II) a primazia *prima facie*, em qualquer regime constitucional democrático, é dos direitos fundamentais, ainda quando admitida a sua relativização em prol de alguns objetivos coletivos. Ou seja, a lógica do sistema é inversa à da supremacia do interesse público.
- (III) por fim, a polissemia da noção de interesse público permite o seu emprego para abarcar tanto a proteção de direitos individuais como a prossecução de objetivos transindividuais. Veja-se que, em diversos casos, ocorre um fenômeno de imbricação, nos quais os interesses se encontram amalgamados numa mesma situação concreta.

O próprio STF já teve oportunidade de enfrentar essas questões. Na ADI nº 1.753 (rel. Min. Sepúlveda Pertence), discutia-se a constitucionalidade da ampliação

do prazo para o ajuizamento de ações rescisórias pelo Poder Público, de dois para cinco anos. Após anotar que a jurisprudência do STF vinha transigindo com alguns favores legais da Fazenda (RE nº 181.130, rel. Min. Celso de Mello e RE nº 196.430, rel. Min. Sepúlveda Pertence), Pertence afirma que essas discriminações só seriam válidas se não fossem arbitrárias e servissem para compensar deficiências da defesa em juízo das entidades estatais. Ou seja, o tratamento desigual só seria admissível para assegurar a paridade de armas entre as partes, numa busca por isonomia material. Somado a outras vantagens processuais, o prazo duas vezes e meia maior para ações rescisórias criava uma *desequiparação* odiosa, que violava o dever de proporcionalidade. Esse seria um típico caso para a invocação do festejado princípio da supremacia do interesse público. Mas Pertence tinha coragem intelectual para ousar e não perdeu viagem. Como a literatura viria a demonstrar, a polissemia da noção de interesse público pode abarcar tanto a proteção de posições individuais (como a porção irredutível de direitos fundamentais) como a persecução de objetivos coletivos. Esse é um problema de sopesamento proporcional dos interesses em jogo, e não de suposta supremacia de uns sobre os outros.

Embora ainda repetido ritualisticamente em manuais, o suposto princípio da supremacia do interesse público perdeu credibilidade no discurso do direito administrativo, sendo hoje visto mais como um exercício de retórica do que como uma norma de seu sistema.

3. O DIREITO ADMINISTRATIVO E SEUS DESAFIOS DE OPERACIONALIZAÇÃO

A constitucionalização do direito administrativo cumpriu o seu papel de mola propulsora da revisão teórica de diversos institutos vetustos da disciplina. Embora sempre tenha considerado exagerada a crítica de Carlos Ari Sundfeld aos princípios, reconheço que seu uso tosco e desordenado por operadores despreparados agravou o problema da insegurança jurídica no país. De todo modo, obras como a de Humberto Ávila e Fernando Leal ajudariam a colocar as coisas no seu devido lugar.

Com o passar dos anos, pude entender que o direito administrativo carecia de uma nova *postura metodológica*, que desse conta de demandas da realidade para as quais o instrumental preexistente era insuficiente. Foram fundamentais para esse meu despertar o trabalho pioneiro de Carlos Ari, no seu já clássico *Direito Administrativo para céticos*, e a influência de colegas como Floriano de Azevedo Marques Neto, Eduardo Jordão, José Vicente Mendonça e André Cyrino. A todos nós parecia – como ainda parece – que se o direito administrativo virasse as costas para a realidade, ela também lhe daria as costas, tornando-o irrelevante. Era necessário reconcebê-lo em bases mais realistas, despido daquelas idealizações que caracterizavam a dogmática tradicional desde o século XIX. A minha tentativa foi a tese de titularidade que apresentei na UERJ, depois publicada com o título *Poder de polícia, ordenação, regulação* (2016). Para alinhar essa nova tendência com aquela

advinda da constitucionalização, falei em *dois giros do direito administrativo*: o giro democrático-constitucional e o giro pragmático.

De fato, o direito administrativo contemporâneo está sob o influxo da razão pragmática sob múltiplas formas e em diferentes setores de seu campo de atuação. Não se trata, a meu ver, de um projeto de reforma global da disciplina, mas daquilo que Posner denominou, mais modernamente, de uma atitude ou temperamento pragmático (*pragmatic mood*), caracterizado pelo ceticismo em relação a conceitos puramente abstratos e grandes narrativas lógico-dedutivas. Em suma: fundar conceitos, proposições e decisões a partir da avaliação de suas consequências práticas, em um determinado contexto concreto, sem prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis – eis o itinerário do pragmatismo jurídico-administrativo.

Como observa Carlos Ari, trata-se de uma visão mais afeita às tendências empiricistas e indutivas dos norte-americanos, que formam suas opiniões antes pelas características dos fatos que por influência de teorias abstratas. Em certo sentido, tal postura desafia a visão de europeus continentais e brasileiros, tendentes ao pensamento teórico-dedutivo e sistematizador. Essas diferenças se fazem notar, com clareza, no modo como o direito administrativo é compreendido e praticado nesses países. Jamais se poderia conceber, no ambiente jurídico norte-americano, a conhecida ironia de Néelson Rodrigues: “se os fatos me desmentirem, pior para os fatos!”

Jerry Mashaw nos conta que os Estados Unidos, desde a sua fundação, laboraram no que ele chamou de *pragmatic state-building* (construção pragmática do Estado), por meio de experimentações institucionais adaptativas às exigências de sua realidade política, econômica e social. Assim foi com o presidencialismo e o federalismo; assim foi também com o seu direito administrativo. O vácuo de uma Constituição lacônica em relação ao Poder Executivo foi preenchido pela prática administrativa, por decisões judiciais e pela aprovação de algumas leis que erigiram um Estado-administrativo inovador em relação ao modelo europeu continental. As soluções incrementais foram implementadas como um esforço de conciliação entre as exigências de necessidades prementes, emergentes do contexto político, econômico e social do país, e a garantia dos direitos dos cidadãos.

Aos poucos, e nem sempre de maneira linear, o direito administrativo vem se convertendo em um *saber tecnológico*, estruturado para produzir decisões orientadas pelas melhores consequências práticas. A aproximação com domínios do conhecimento lastreados em estudos empíricos, como a economia e a ciência política, acaba levando o direito administrativo a adotar o olhar mais prospectivo e contextual do pragmatismo. A promulgação da Lei nº 13.655/2018, que instituiu significativos acréscimos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), representou, de certa forma, a consolidação dessa tendência. De maneira enfática, o art. 20 da LINDB previu que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidiria com base em valores jurídicos abstratos sem que fossem

levadas em consideração as consequências práticas da decisão. Se bem interpretado, o dispositivo não institui um consequencialismo *inconsequente*: o legislador pretendeu introduzir o raciocínio baseado em consequências práticas no itinerário lógico do tomador da decisão, sem a pretensão de excluir argumentos deontológicos. A interdição dirige-se à invocação de princípios ou conceitos indeterminados de maneira isolada, sem que se levem, na devida conta, os resultados sistêmicos do exercício intelectual do intérprete e aplicador da lei.

O giro pragmático do direito administrativo tem como objetivo, ao fim e ao cabo, matizar o idealismo excessivo e selar o compromisso do constitucionalismo democrático com a realidade. Buscar os melhores resultados práticos compatíveis com as finalidades legais, dentro dos limites e possibilidades abertos pelo texto normativo. Esse foco nas finalidades legais e consequências concretas, segundo Stephen Breyer, permite manter vivo o vínculo entre democracia, entendida como um sistema de participação dos cidadãos nas escolhas públicas, e resultados práticos que reflitam tais preferências. Esse objetivo só é alcançável se os aparatos do direito e do Estado levarem a sério, tanto em sua formulação abstrata como em sua aplicação prática, dados e circunstâncias da realidade.

Na minha visão, antes que uma opção ideológica, essa inclinação pragmática do direito administrativo reflete uma relevante preocupação com os desafios de sua operacionalização concreta. Evitar, como disse José Guilherme Merquior em relação ao direito constitucional, que ele se torne um “feixe bacharelesco de idealidades inviáveis, cruelmente desmentidas pela prática político-social.”

4. CONCLUSÃO

O direito administrativo tem experimentado alterações significativas em seus alicerces teóricos desde a sua criação como disciplina jurídica autônoma. A partir do segundo pós-guerra, essas mudanças se intensificaram em todo o Ocidente. Para simplificação didática, cogito de duas vertentes de transformação, nem sempre coordenadas ou conectadas: de um lado, um giro democrático-constitucional; de outro, um giro pragmático, que atuam como molas propulsoras de mudanças em seus institutos mais tradicionais.

O giro democrático-constitucional representa a elevação das bases axiológicas do direito administrativo ao plano superior da normatividade da Constituição. Direitos fundamentais e democracia são os elementos estruturantes e fundamentos de legitimidade do Estado administrativo, que deve atuar para protegê-los e promovê-los, numa busca constante pelo equacionamento dos conflitos inevitáveis entre o viver do indivíduo e o conviver de todos em sociedade. Diversos institutos do direito administrativo foram revistos por força desse giro. No Brasil, o processo de mudanças se iniciou pela revisão do princípio da supremacia do interesse público, que era invocado como fundamento de todo o regime jurídico-administrativo. Embora ainda repetido ritualisticamente em manuais, esse suposto

princípio perdeu credibilidade, sendo hoje visto mais como um exercício de retórica do que como uma norma jurídica.

O giro pragmático revela, a seu turno, uma tendência à adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados, nos limites e possibilidades da lei. A postura metodológica pragmática se caracteriza pelo antifundacionalismo, pelo contextualismo e pelo consequencialismo. O antifundacionalismo rejeita premissas teóricas estáticas, perpétuas, desconectadas da realidade e atemporais. O contextualismo exige que se leve em conta a experiência prática, o ambiente real em que o problema se insere, bem como a intersubjetividade que lhe confere sentido e valor. Por fim, o consequencialismo procura conduzir qualquer processo de tomada de decisão a partir de uma avaliação de seus resultados práticos, para que se possa sopesar qual a diferença que ela terá sobre a realidade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.”** In: WOLKMER, Antônio Carlos *et al.* **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação.** Belo Horizonte: Fórum, 2020 (3ª edição).

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014 (3ª edição).

CYRINO, André. **Direito administrativo de carne e osso.** Rio de Janeiro: Processo, 2021.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros, 2016.

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

MENDONÇA, José Vicente Santos. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional.** In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos vs. Interesses privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** São Paulo: Malheiros, 2014 (2ª edição)

