

Ana Cláudia Singer

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte

Curitiba



Editora Fórum

IPDA

**Instituto Paranaense
de Direito Administrativo**

A & C | ANO 3 | Nº 11 | JAN./FEV./ MAR. 2003

A246 A&C REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Ano 3, n. 11 jan./ mar. 2003)
Belo Horizonte : Editora Fórum, 2003
17x24 cm
Trimestral
ISSN: 1516-3210

ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002
publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito Administrativo
 2. Direito Constitucional
- I. Ed. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.951

© Editora Fórum Ltda, 2003
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por
qualquer meio eletrônico, inclusive por processos
xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Editora Fórum
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: 08007043737
e-mail: ediforum@ediforum.com.br
www.ediforum.com.br

Editor responsável:
Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e Diagramação:
Rogério de Souza Magalhães Júnior
Revisão:
Equipe Fórum
Bibliotecária:
Nilcéia Lage de Medeiros

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito Administrativo: um Novo Eixo Central

Robertônio Santos Pessoa

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Doutorando em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Piauí e do Centro de Ensino Unificado de Teresina – CEUT. Pós-Graduado em “Droit Comparé” pela Faculté du Havre (França). Membro da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB

1 Considerações preliminares

A complexidade social, política, econômica e cultural do mundo moderno refletiu-se na complexidade assumida pelo fenômeno jurídico desde o advento do Estado de Direito, no final do século XVIII e primórdios do século XIX. Acompanhando este movimento, a Ciência do Direito tornou-se, também, progressivamente mais “complexa”, diversificando-se interiormente num certo número de disciplinas jurídicas, embora sempre se alertasse, aqui e acolá, para a unidade do Direito. Dentre as diversas disciplinas surgidas na “primeira hora” de afirmação da ciência jurídica moderna, tivemos o Direito Constitucional, Administrativo, Processual, Civil, Comercial, Penal, Trabalhista etc. Mais recentemente vimos o surgimento dos “novos direitos”: Direito Ambiental, Urbanístico, do Consumidor, das Telecomunicações, Bancário, entre outros.

Interessante revela-se, sob o ponto de vista científico, o processo de gestação de um novo “ramo jurídico”, em sua tentativa de desvincular-se do “tronco comum”, adquirindo, assim, autonomia e personalidade própria. Neste momento de diferenciação e construção de uma identidade própria, é natural a busca de um novo eixo central, de um novo conceito gravitacional, de uma nova categoria catalisadora, que pode se apresentar sob a forma de uma relação jurídica ou de um ato jurídico especial. Como ensina García de Enterría (*Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000. v. 1, p. 518), “há na ciência jurídica um momento em que se procura numa espécie única de relação jurídica, ou de ato jurídico, toda a singularidade dos distintos setores do ordenamento (ato administrativo, ato de comércio, relação jurídica processual, relação de emprego, relação jurídica tributária, relação de consumo etc.)”.

A moderna Ciência do Direito Administrativo, tal como plasmada na França e posteriormente disseminada na Europa Continental e América Latina, aí

incluído o Brasil, seguiu esta linha de desenvolvimento, estruturando-se em torno de um conceito central amplamente abrangente, o de “ato administrativo”.

De fato, desde seu nascedouro, a doutrina do Direito Administrativo concentrou sua atenção na noção de “ato administrativo”. Como afirma Vasco Pereira da Silva (*Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 64), a história do conceito de ato administrativo confunde-se, portanto, com a própria história da teorização dogmática do Direito Administrativo, ocupando, sempre, um lugar central. Observe-se, neste sentido, na França, a obra de Deguit e Hauriou; na Alemanha, a obra de Otto Mayer; em Portugal, a obra de Marcelo Caetano e Diogo Freitas do Amaral; na Espanha, a obra de Garcia de Enterría; no Brasil, as obras de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, Temístocles Brandão Cavalcante, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Melo, entre outros. Todos estes autores, a despeito das diferenças de matizes de suas elaborações doutrinárias, têm em comum o fato de colocarem o “ato administrativo” como elemento central de suas construções dogmáticas.

Hoje, no limiar de uma nova era, em face da vertiginosa intensificação da atividade administrativa e dos crescentes reclamos de democratização da Administração Pública, em sintonia com os postulados do Estado Democrático de Direito, o conceito de ato administrativo, até então visto como eixo gravitacional do Direito Administrativo, parece dar sinais de fadiga e exaustão, não mais comportando a árdua missão de conceito central do complexo e mutante do Direito Administrativo de nossos dias. Como bem adverte Garcia de Enterría (op. cit., p. 518), a noção de ato administrativo parece “padecer de um peso excessivo, o de tentar expressar numa espécie de célula básica, de microcosmo definitório, toda a substantividade e peculiaridade do Direito Administrativo”.

Impõe-se, no presente momento de reconstrução do Direito Administrativo, a fixação de um novo paradigma administrativista, não mais centrado na noção de ato administrativo. Convém, neste sentido, fazer uma incursão nos intentos realizados no campo do Direito Comparado, sobretudo naqueles sistemas assemelhados ao nosso.

2 Estado liberal – administração “agressiva” – a era do ato administrativo

A teoria do ato administrativo foi inicialmente desenvolvida pelo Conselho de Estado francês. Tratava-se, inicialmente, de um conceito puramente processual, utilizado como critério básico de competência para fixação da jurisdição administrativa na França.

Como se sabe, em virtude de uma peculiar e radical interpretação da doutrina da separação do poderes, um dos pilares do Estado de Direito moderno, as atividades e decisões da Administração Pública francesa foram suprimidas da apreciação dos tribunais comuns. Entendia-se, então, no final do século XVIII e limiar do século XIX, que as autoridades judiciárias não poderiam interferir na atividade dos outros poderes, em especial do Poder Executivo, sob pena de comprometimento do ideário revolucionário da “separação de poderes”. Ajunte-se a isso que, desde o *ancien regime*, pesava uma grande desconfiança sobre a atividade dos juízes, tidos, no contexto pós-revolucionário, como destituídos de legitimidade democrática e baluartes dos valores antigos.

De conceito processual, a noção de “ato administrativo” passa, paulatinamente e ao longo de um lento processo evolutivo, a conceito de direito material, sendo objeto de ampla teorização pelos administrativistas franceses e continentais (Alemanha, Itália, Espanha, Portugal) dos séculos XIX e XX, no propósito de estabelecer as bases do Direito Administrativo moderno. Tal conceito passou a ocupar um lugar central no Direito Administrativo do Estado Liberal, verdadeiro centro gravitacional em torno do qual se erigiu toda a construção dogmática deste ramo jurídico. O Direito Administrativo destinava-se, primordialmente, à disciplina do ato administrativo.

Desde logo se pode inferir que a noção de ato administrativo encontrava-se perfeitamente sintonizada com a lógica de funcionamento da Administração do Estado Liberal. Sabemos que o modelo jurídico-político liberal é marcado por uma cisão radical entre Estado e Sociedade, tendo seu acento na proteção da liberdade individual em face dos Poderes Públicos, em especial do Poder Executivo.

Neste modelo, a Administração Pública não tinha a amplitude de funções que hoje ostenta. Sua atividade básica consistia no exercício do tradicional “poder de polícia”, que se apresentava então, com toda as suas facetas, como uma limitação dos direitos de liberdade e de propriedade, protegidos pelo Estado de Direito de cunho liberal. Daí a preocupação com a teorização do “ato administrativo”, uma vez que a intervenção estatal na esfera privada, feita pela Administração Pública, fazia-se através deste tipo de ato. Daí decorre, também, a grande preocupação da doutrina nascente e vindoura com o princípio da legalidade.

Observe-se que, neste modelo de Estado, a Administração Pública apresentava um caráter “agressivo”, segundo um conceito cunhado pela doutrina alemã. Tal era a percepção que se tinha, na ótica dos particulares, da atividade administrativa de então. Isso é fácil de se compreender, uma vez que tal modelo administrativo,

em plena “época de ouro” do Estado Liberal, tinha como pressupostos políticos a não-intervenção, a preservação dos espaços de liberdade dos particulares e a quase-ausência da prestação de serviços públicos por parte do Estado-Administração. Nestes tempos, o Estado, e por via de consequência a Administração Pública, não se envolvia (ou se envolvia pouco) em questões sociais, tais como a educação, saúde, saneamento básico, infra-estrutura, proteção do trabalho, previdência social, problemas ecológicos etc. Tal só veio a ocorrer em meados do século XX.

No século XIX e primórdios do século XX a “atividade de polícia”, oriunda do chamado “poder de polícia”, era a atividade administrativa por excelência. Tal atividade implicava, como de fato implica, uma “agressão”, consubstanciada numa limitação do exercício de direitos e atividades privadas. Daí a grande preocupação da doutrina e da jurisprudência publicista em limitar ao máximo possível tal “agressão” aos interesses e direitos dos particulares. Avoluma-se neste período, de forma crescenté, a teorização e depuração do conceito de “ato administrativo”, vinculado, desde o início, ao princípio da legalidade. Como bem observa Vasco Pereira da Silva (op. cit., p. 40), “o ato administrativo busca conciliar uma vertente autoritária, de exercício de um poder do Estado, com uma vertente de garantia dos cidadãos”. Apresentava-se, assim, com uma dupla função: como ato de autoridade e como instrumento de garantia dos cidadãos. Parece representar uma “fisionomia híbrida”: é visto como um “privilégio da Administração”, uma manifestação de seu poder, de forma unilateral, numa situação concreta, e, por outro lado, apresenta-se como instrumento de garantia dos particulares, possibilitando um maior controle judicial das atuações administrativas.

Percebe-se, assim, que a dogmática tradicional do Direito Administrativo, centrada no conceito de ato administrativo, encontrava-se perfeitamente ajustada aos postulados do Estado de Direito de matriz liberal e ao seu modelo de organização administrativa, centrada no “poder de polícia”. Neste paradigma de Administração Pública, o relacionamento entre a Administração e o indivíduo fazia-se através de “contatos” fugazes e instantâneos, de forma não contínua. O conceito de “ato administrativo” tinha, pois, como pressuposto, “um Direito Administrativo de caráter individualista e pontual”.

Os tempos mudaram. E como mudaram, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, em meados do século XX. Saímos do Estado Liberal e ingressamos no Estado Intervencionista de caráter social. Mudou o Estado e, conseqüentemente, mudou o modelo de Administração Pública, tanto do ponto de vista de sua organização como de sua atuação. Saímos do modelo da “Administração Agressiva” e passamos para um outro modelo, o da chamada “Administração Prestadora”, segundo expressão

também cunhada pela doutrina alemã. A Administração Pública tradicional, voltada fundamentalmente para o “poder de polícia”, volta-se agora para a prestação de um número crescente de “serviços públicos” (tomada esta expressão em sentido amplo), sem, contudo, abandonar o primeiro, que também cresceu em quantidade e intensidade.

3 O Estado intervencionista social — a administração “prestadora”

Premido pela “questão social” e pelas “crises cíclicas do capitalismo”, o Estado tende a se adequar aos “novos tempos”, passando, através de um processo progressivo de evolução e sofisticação, a desempenhar novas funções de tipo econômico e social. Saímos, assim, da era Estado Liberal e passamos à era do Estado Intervencionista. Nestes tempos, como registra Juan Alfonso Santamaria Pastor (*Fundamentos de direito administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. v. 1, p. 163), o Estado apresenta-se fundamentalmente como um “aparelho prestador”.

Assumindo o Estado, de forma explícita, um papel de “conformação” da ordem social e econômica, estreitam-se cada vez mais as distâncias entre Administração Pública e Sociedade. Intensifica-se e ramifica-se o exercício do “poder de polícia”, crescem os “serviços públicos” e aumentam sobremaneira as tarefas postas sob responsabilidade do Estado nos domínios econômico e social. Tudo isso vai desembocar numa “aceleração” da atividade administrativa. Eclode um verdadeiro “Estado de Administração” (*Verwaltungsstaat*). A relação entre a Administração e os particulares não se faz mais através de “contatos” ocasionais, fugazes e pontuais. Pelo contrário, a relação “administração-administrado” avoluma-se e se torna cada vez mais freqüente, duradoura e abrangente, assumindo, no dia-a-dia, as mais diversas formas.

Numa ambiência social, econômica e cultural conformada pela quase onipresença do Estado, indivíduos, empresas e grupos sociais passam a interagir mais intensamente com a Administração Pública nas distintas esferas de governo, de tal forma que a própria dinâmica da vida social passa a depender, direta ou indiretamente, da atuação estatal.

Percebe-se, claramente, como mostra Vasco Pereira da Silva (op. cit., p. 71), que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, com a conseqüente alteração do “ambiente político-jurídico”, teve como conseqüência a necessidade de mudança do paradigma do Direito Administrativo. A mudança do modelo de Administração representou o fim da “idade de ouro” do conceito clássico de “ato administrativo”, obrigado agora a defrontar-se com realidades diferentes daquelas para as quais tinha sido plasmado.

Contudo, diante desta progressiva desfuncionalidade do conceito de “ato administrativo”, o que se observou, contudo, foram a permanência e a continuidade do modelo de Direito Administrativo centrado neste conceito, conforme no-lo revela o esquema e modelo sistêmico adotado pelos diversos “compêndios” e “manuais” disponíveis no exterior e no Brasil (Celso Antonio Bandeira de Melo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, entre outros).

Ocorreu, aqui, um fenômeno típico do “mundo jurídico”. Os conceitos parecem ganhar autonomia e vida própria, como “entidades vivas”, adequando-se a realidades distintas, mantendo-se os mesmos quando os sistemas teóricos em que se integravam são abalados ou desmoronam. É assim que o conceito de ato administrativo vai sobreviver ao próprio desabamento da doutrina administrativista do Estado Liberal, após o surgimento de um novo modelo de Estado, o Estado Intervencionista Social, e de um novo modelo de Administração, a “Administração Prestadora”.

4 Novas alternativas conceituais

Diante deste “diagnóstico da crise” do conceito de ato administrativo, que caminhos alternativos têm sido perfilhados pelos administrativistas?

Observa-se que na pátria do Direito Administrativo, a França, a doutrina, de uma forma geral, permanece “fiel” às suas raízes históricas, com uma ou outra exceção. Novas luzes, contudo, são postas pelos administrativistas alemães e italianos, conforme observaremos. As novas alternativas apresentadas partem da observação da variedade das “formas de atuação” da Administração Pública no presente momento.

Cumprido, antes de tudo, registrar um sensível e visível incremento da complexidade estatal e administrativa nos “novos tempos”, em face das novas e crescentes tarefas assumidas pela Administração Pública. Tal vem operando uma verdadeira revolução nas formas de atuação administrativa, o que tem ocasionado um novo redimensionamento da dogmática do Direito Administrativo, face à exaustão do conceito de “ato administrativo”, insusceptível de dar conta destas novas formas.

A tônica mudou. Na Administração Pública do Estado Liberal, centrada no “poder de polícia”, o ato administrativo era visto, pelos particulares, como uma “agressão” à esfera individual. Apresentava-se, assim, com uma feição autoritária, via de regra desfavorável aos particulares, porém necessária em face da “supremacia do interesse público”, da qual emanava uma “relação de poder”, uma “relação de subordinação” entre a Administração Pública, representante única daquele interesse, e os particulares, tidos como “administrados”.

Na organização político-estatal de nossos dias, a sociedade civil, gozando de grande autonomia e crescente responsabilidade social, inclusive na consecução de “atividades públicas”, interage de forma permanente com a Administração em todos os seus níveis. A Administração não é mais vista como única titular dos “interesses públicos”, recorrendo aos particulares no desempenho dos diversos misteres públicos. Estabeleceu-se uma relação de aproximação e colaboração entre Administração Pública e Sociedade.

A atuação administrativa, que no modelo do Estado Liberal era evitada, ou pelos menos controlada, hoje é desejada. Observe-se, nesse sentido, a questão do “direitos sociais”. Embora tais direitos estejam garantidos no plano constitucional (educação, saúde, previdência social, moradia, meio ambiente sadio etc.), a realização concreta dos mesmos passa, necessariamente, pela mediação de uma atuação administrativa. O mesmo se dá no plano econômico. A iniciativa privada deseja uma atuação regulatória do Estado nos mercados. Neste contexto, como afirma Vasco Pereira da Silva (op. cit., p. 100):

o particular, numa situação de dependência perante a Administração, não somente deseja que a Administração atue, como solicita mesmo essa intervenção. A atividade administrativa deixou de ser vista apenas como uma agressão da esfera individual, para passar a ser igualmente um instrumento de satisfação de interesses individuais.

Ainda segundo o publicista português, “o particular espera da Administração o reconhecimento dos seus direitos, a atribuição de direitos novos, ou a prestação de bens ou serviços”.

Por outro lado, a atual ambiência democrática das sociedades modernas tende a desestimular as atuações autoritárias da Administração Pública, das quais o ato administrativo apresentava-se como principal expressão na dogmática tradicional, que lhe atribuía “imperatividade” e “auto-executoriedade”. Assim, a Administração Pública tende a adotar formas de atuação menos autoritárias e mais consensuais. Neste contexto, assistiu-se, nos últimos anos, a uma verdadeira “contratualização” da Administração Pública, tanto no nível de sua organização quanto no plano de sua atuação concreta. Manifestação desta nova mentalidade no ordenamento jurídico pátrio são os novos princípios introduzidos no Texto Constitucional pela denominada Reforma Administrativa (Emenda Constitucional nº 19/98).

Como resultado de todas estas transformações que se abateram sobre a Administração Pública, podemos afirmar que o ato administrativo perdeu, definitivamente, sua “centralidade” no âmbito das relações administrativas.

Assim, o ato administrativo não mais se apresenta como a manifestação por excelência da atividade administrativa, mas tão-somente como uma das diversas formas possíveis de atuação da Administração Pública.

Diante deste “desprestígio” da noção de ato administrativo, buscam-se, nos dias de hoje, novas formulações doutrinárias, aptas a assentar em novas bases o Direito Administrativo resultante das transformações apontadas. Contudo, como bem adverte Vasco Pereira da Silva (op. cit., p. 111), se existe unanimidade quanto ao “diagnóstico de crise” do ato administrativo clássico como conceito central do Direito Administrativo, já muito distintas são as soluções apontadas para o equacionamento do problema.

5 Novas correntes doutrinárias

Em face da complexidade do Direito Administrativo contemporâneo, é possível fixar-lhe um conceito central? Se tal fosse possível, que conceito ou noção deveria constituir a coluna vertebral deste Direito Administrativo? Na proposição de “novas soluções” para este “dilema existencial”, três correntes fundamentais são hoje perfilhadas pela doutrina:

1ª Corrente

Trata-se de uma corrente “conservadora”. Embora sustente a necessidade de renovação profunda do Direito Administrativo, a fim de adequá-lo às novas realidades, propõe a manutenção do conceito de ato administrativo como conceito central, vislumbrando-o, ainda hoje, como uma das formas mais importantes de atuação administrativa. Para esta corrente, o conceito de ato administrativo deve ser redefinido, reelaborado e adequado às novas realidades, de tal forma a continuar merecedor de um tratamento particular e privilegiado no âmbito do Direito Administrativo na atualidade. Tal é a corrente predominante na doutrina francesa e brasileira atual. Na Alemanha, embora não seja predominante, é defendida por autores como Maurer, Bull e Shenke. Na Espanha, é a posição de García de Enterría. Em Portugal, é a corrente de Diogo Freitas do Amaral e Rogério Soares.

2ª Corrente

É uma corrente “conciliatória”. Reconhece a inadequação do conceito de ato administrativo como conceito central do Direito Administrativo. Contudo, propõe a sua manutenção no atual estágio de desenvolvimento desta disciplina jurídica, apenas no que tange ao regulamento do exercício do poder de polícia; para outras atuações administrativas, o conceito se revelaria absolutamente

imprestável. Para esta corrente, em face da grande complexidade da atual Administração Pública, torna-se difícil, senão impossível, a fixação de um “conceito central” para o Direito Administrativo, sendo, portanto, necessário levar-se em conta as especificidades da Administração “agressiva” e da Administração “prestadora”. Teríamos, assim, um Direito Administrativo “decomposto” em duas partes, cada uma delas marcadas por singularidades estruturais. O Direito Administrativo tradicional continuaria válido somente para o âmbito da Administração agressiva, onde predominam as “atividades de polícia”. Esta corrente tem como representante o jurista alemão Ernst Forsthoff.

3ª Corrente

Trata-se agora de uma corrente “radical”. Apregoa uma inadequação visceral do conceito de ato administrativo como conceito-chave do Direito Administrativo, no quadro do atual relacionamento Administração-administrados. Defende-se, aqui, a necessidade de uma renovação do sistema jurídico-administrativo, em virtude da deslocação do centro de gravidade dos eventos administrativos. Propõe-se, assim, a substituição do conceito clássico de ato administrativo por um novo conceito central, apto a unificar todos os setores da Administração Pública e da atuação administrativa. Para uns, tal conceito seria o de “relação jurídica administrativa”, sendo esta a posição predominante atualmente na doutrina alemã (Bachof, Haeberle, Henke, Bauer, Achterberg, Martens). Para outros, o conceito-base deveria ser o de “procedimento”, sendo esta a posição dominante na doutrina italiana. Veremos, a seguir, as proposições dos doutrinadores alemães e italianos.

6 A alternativa da relação jurídica administrativa

Para parte da doutrina, sobretudo de matriz alemã, o conceito de “relação jurídica administrativa” deveria ser o novo conceito central do Direito Administrativo atual. Para esta corrente, a noção de ato administrativo reflete apenas “um momento”, “um instante” do complexo relacionamento entre a Administração Pública e o particular, relacionamento este que não se esgota numa atuação pontual. Para Bachof (*Die Dogmatik des Verwaltungs vor den Gegenwartsaufgabem der Verwaltung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 231), “o ato administrativo é apenas uma fotografia instantânea que representa relações em movimento, porque ele fundamenta, cria, ou põe termo a uma relação jurídica, e porque esta relação jurídica é muito mais importante e interessante do que o ato para uma reflexão jurídico-material”. Assim, o conceito de relação jurídico-administrativa seria o conceito teórico mais adequado para o enquadramento da atual realidade jurídico-administrativa.

O ponto forte desta concepção é considerar a existência de verdadeiras relações jurídicas administrativas entre a Administração e os particulares, e não meras relações de poder, como pretendia a dogmática tradicional. Nestas relações jurídicas, Administração e particulares atuam como sujeitos de direito, titularizando direitos e obrigações recíprocos. A doutrina da relação jurídica pretende, assim, superar as limitações da doutrina do ato administrativo, posto que a noção de relação jurídico-administrativa revela uma amplitude bem maior que a noção de ato, abrangendo todas as formas de atuação administrativa. Para esta corrente, o conceito de relação jurídico-administrativa permite explicar os diversos vínculos jurídicos existentes entre a Administração e os particulares, anteriores e posteriores à prática dos atos administrativos, estando, pois, mais sintonizado com as exigências do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

Esta corrente, recolocando a Administração Pública no contexto de um Estado Democrático de Direito, busca na Constituição sua fundamentação e legitimação doutrinária. De fato, no ambiente jurídico-político do Estado de Direito, a relação entre o Estado-Administração e os outros sujeitos de direito (cidadãos, grupos sociais, empresas) é mais uma “relação jurídica” do que uma mera “relação de poder”. Em conformidade com esta perspectiva, como ensina Vasco Pereira da Silva (op. cit., p. 165), “o particular encontra-se perante a Administração, não como um mero objeto do poder administrativo — um simples ‘administrado’ —, mas como um autônomo sujeito jurídico, que ocupa no mundo do direito uma posição igual à da Administração.” Observe-se que, no plano da teoria do direito, a noção de relação jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à idéia de direito subjetivo.

Não vale aqui, para esta corrente, o calejado argumento de que a posição da Administração é forçosamente diferente da posição do particular, por se tratar de um “poder público”, encarregado de fazer prevalecer o “interesse público”. Argumentos de duas ordens são aqui esgrimidos: a) a consecução dos interesses públicos por parte da Administração nem sempre implica o uso de poderes autoritários, os chamados “poderes administrativos”, principalmente quando se tem em conta a proliferação de formas de atuação não autoritárias; b) por outro lado, mesmo quando a Administração tem de lançar mão de seus “poderes de autoridade”, máxime quando pretende determinar condutas de forma unilateral, exercita sempre um “poder jurídico”, este integrado no quadro de uma relação jurídica administrativa mais ampla e complexa. Diante destes “poderes”, juridicamente regrados, o particular é sempre titular de direitos subjetivos, estabelecidos na Constituição e nas leis.

7 A alternativa do procedimento administrativo

Outra corrente, de matriz italiana (Nigro, Cassese, Pastori, Pericu, Pugliese, Cardi) vê no procedimento administrativo o conceito central do atual Direito Administrativo. Mario Nigro (*Giustizia Amministrativa*. 3. ed. Bologna: Il Mulino, 1983. p. 126) afirma que presenciamos a “absorção do ato administrativo num quadro de formas de atividade mais complexas e articuladas”. Para o autor italiano, “o problema central do Direito Administrativo é o problema do procedimento”.

De fato, a Administração Pública atual, em suas relações com os particulares, pode atuar de duas formas básicas: de uma forma unilateral e autoritária, onde lança mão de seus poderes tradicionais, ou de uma forma bilateral ou consensual, lançando mão de “técnicas contratuais”. Em ambas as formas de atuação, o procedimento é o dado comum. O procedimento administrativo regula ambas as formas da ação administrativa, antecedendo tanto a edição do ato administrativo típico quanto a celebração de contratos com os particulares. Desta forma, segundo Vasco Pereira da Silva (op. cit., p. 121), “o procedimento administrativo surge numa posição privilegiada para ocupar o lugar central da dogmática administrativa, permitindo a compreensão de todos os fenômenos administrativos, quer de tipo tradicional, quer correspondentes às novas modalidades de atuação administrativa”.

Somente há pouco tempo a doutrina “acordou” para a real importância teórica e prática do “procedimento administrativo”. Tradicionalmente, o procedimento era estudado em função do ato final, que consubstanciava uma determinada decisão administrativa. O procedimento era visto como um mero instrumento a serviço do ato administrativo, e não como um instituto autônomo, regulador da ação administrativa. No atual Direito Administrativo, o conceito de procedimento tende a “destronar” o conceito de ato, enquanto conceito central deste ramo do direito público. O foco, portanto, muda. Sai do ato e vai para o procedimento.

Para esta corrente, que gradativamente ganha espaço na doutrina brasileira, a noção de procedimento administrativo apresenta significativas vantagens sobre a noção de ato na dinâmica do Direito Administrativo de nossos dias.

Primeiro, possibilita uma uniformização no tratamento jurídico de toda atividade administrativa, posto que o procedimento seria o elemento comum a todos os setores e formas da atuação administrativa. Atuando de forma autoritária e unilateral, ou de forma consensual e contratual, teremos sempre a necessidade de um procedimento administrativo. Veja-se, neste sentido, a proliferação de Leis de Procedimento Administrativo em diversos países, inclusive no Brasil, nos últimos anos.

Segundo, a instituição do procedimento administrativo permite fixar num quadro mais amplo e complexo a integralidade da atividade administrativa em suas variadas formas, assim como seu relacionamento com os particulares no “decorso do tempo” (*in fieri*), e não apenas no momento final da edição do ato administrativo.

Ajunte-se às duas vantagens acima uma outra, de natureza jurídico-política, de cunho democrático, no atual contexto do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*). O procedimento administrativo “faz uma ponte” entre autoridades públicas e sujeitos particulares, permitindo a estes, numa democracia participativa, influenciarem nas decisões administrativas.

8 Conclusão

Sensato revela-se o diagnóstico da exaustão da posição de centralidade do conceito de ato administrativo no Direito Administrativo, tendo em vista o atual quadro das relações administrativas no contexto das profundas transformações que se abateram sobre o Estado e a Administração Pública. Pode-se, inclusive, falar em crise do ato administrativo, uma vez que tal conceito já não reflete mais a forma de atuação dominante da Administração Pública em relação aos particulares, bem como não consegue abarcar a integralidade das relações Administração-Administrados.

De fato, a atuação administrativa assumiu, na atual quadra histórica, uma pluralidade de formas. O ato administrativo deixou de ser a forma exclusiva (ou mesmo a mais freqüente) de atuação administrativa. Percebe-se, neste sentido, uma proliferação de formas de atuação genéricas, tais como as decisões-plano (v.g., os planos urbanísticos), e de formas de atuação não autoritárias, tais como as atuações disciplinadas pelo direito privado, as atuações contratuais e as atividades na natureza técnica.

Contudo, se é verdade que o “ato administrativo” não pode mais ser considerado como o novo “centro” do Direito Administrativo, não é menos verdade que não se pode, *tout court*, desprezar toda a rica construção doutrinária em torno deste instituto, de fundamental importância histórica e conceitual na estruturação desta disciplina jurídica.

Com efeito, existem ainda vastos setores da Administração Pública onde o conceito de ato administrativo revela ainda uma grande funcionalidade, em especial no que concerne a atividade decorrente do “poder de polícia”, ou, numa terminologia mais moderna, no campo das “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”. Tal atividade vem crescendo em amplitude e intensidade em nossos dias, sendo, neste setor, de fundamental importância o conceito de ato administrativo.

Contudo, mesmo admitindo-se uma “sobrevida” na noção de ato administrativo, a manutenção deste conceito reclama um melhor enquadramento do mesmo. Tal enquadramento poderia ser dado pelos conceitos de “procedimento” ou “relação jurídica administrativa”, conceitos estes mais sintonizados como os postulados e exigências do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

Não se pode, contudo, negar a necessidade de uma profunda renovação (ou mesmo reconstrução) da dogmática jurídico-administrativa, operando-se um oportuno e inevitável deslocamento de seu eixo central.

Neste deslocamento, qual conceito se revelaria mais funcional e adaptado aos “novos tempos”: o de “relação jurídica administrativa” (conforme alternativa sugerida pela doutrina alemã) ou o de “procedimento” (conforme opção da doutrina italiana)? Difícil revela-se a escolha, se é que é possível, em face da grande complexidade de o Direito Administrativo atual eleger um “conceito central”. De fato, os dois conceitos destacam e acentuam aspectos e exigências da atual dogmática administrativista.

O conceito de “relação jurídica administrativa” enfatiza uma perspectiva “subjetivista” do Direito Administrativo, voltada para a promoção e proteção dos direitos subjetivos públicos dos particulares em face da Administração.

Já o conceito de “procedimento” enfatiza uma ótica mais “objetivista”, direcionada à realização do interesse público através da participação dos particulares. Trata-se, portanto, de orientação de grande inclinação democrática.

Qual das duas “vias alternativas” deve trilhar a reconstrução da dogmática administrativista? Qual das duas noções revela maior funcionalidade e virtude conceitual no atual estágio do Direito Administrativo?

Acreditamos legítima uma “postura dialética”, de caráter não maniqueísta. De fato, as noções de “relação jurídica” e “procedimento administrativo” não nos parecem realidades ou conceitos incompatíveis ou mutuamente excludentes, permitindo-se, ademais, com a articulação de ambos, a composição de uma perspectiva subjetivista com outra de caráter objetivista, fundamental ao equilíbrio perseguido pelo Direito Administrativo.

Como ensina Vasco Pereira da Silva (op. cit., p. 121-122), no Direito Administrativo atual pode-se, simultaneamente, conceber e valorizar o procedimento como o “quadro” ou o “pano de fundo”, onde se estabelecem e se desenvolvem relações jurídicas administrativas.

9 Bibliografia

BACHOF, Otto. *Die Dogmatik des Verwaltungs vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2000. v. 1.

NIGRO, Mario. *Giustizia amministrativa*. 3. ed. Bologna: Il Mulino, 1983.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991. v. 1.

SILVA, Vasco Manuel Pereira da. *Em busca del acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995.