

O DIREITO ADMINISTRATIVO COMO AVENTURA EXISTENCIAL E AS PERIPÉCIAS DE UM INSUBORDINADO

ADMINISTRATIVE LAW AS AN EXISTENCIAL JOURNEY AND THE ADVENTURES OF A REBEL

MARÇAL JUSTEN FILHO¹

RESUMO: O texto examina a evolução do direito administrativo brasileiro no período desde a década de 1970 até o presente. Toma em vista a trajetória pessoal do autor, indicando as variações da sua experiência pessoal e das condições da realidade brasileira no período.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo, Evolução histórica no Brasil a partir dos anos 1970.

ABSTRACT: The text examines the evolution of Brazilian administrative law from the 1970s to the present. It takes into account the author's personal trajectory, indicating the variations in his personal experience and the conditions of Brazilian reality during this period.

791

KEYWORDS: Administrative Law, Historical evolution in Brazil since the 1970s.

UMA BREVE REVISÃO FILOSÓFICA EXISTENCIAL

O presente texto avalia a evolução do direito administrativo ao longo dos últimos quarenta anos, tomando em vista a minha experiência existencial. Não há modo de produzir uma meditação ao “externo” dessa experiência. Eu segui muitas trajetórias antes de chegar ao direito administrativo. A maior parte de minha atuação envolveu outras disciplinas jurídicas.²

1.1. A MEDITAÇÃO DE ORTEGA Y GASSET

Uma das passagens mais famosas de Ortega y Gasset é “Eu sou eu e minha circunstância” (1967, p. 52). Ao se referir a “circunstância”, Ortega indica o contexto

¹ Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Advogado, Árbitro e Parecerista.

² O que torna o meu percurso mais heterogêneo, mas também muito menos profundo no âmbito do direito administrativo.



geral em que se insere o sujeito.³ Essa concepção foi expressada pelo autor em 1914. Ortega não reformulou essa passagem nos quarenta anos subsequentes.⁴ Mas Julián Marias, o seu maior seguidor, observava que o próprio Ortega reconhecia que “Eu sou eu, minha circunstância e **minhas trajetórias**”.

Como afirmou Julián Maria (1983, p. 24):

Agora bem, em uma vida humana há dois elementos que não são eleitos: um é a circunstância; o outro, a vocação. A primeira é algo em que me encontro, desde o lugar e o tempo em que nasci até minha realidade psicofísica, passando por minha situação social etc.; a circunstância me é imposta, e com ela tenho que fazer a minha vida. A vocação tampouco é escolhida, mas não seria exato dizer que me encontro com ela; melhor, me encontra a mim, me chama, e correlativamente a descubro; não me é imposta, senão proposta, e ainda que não esteja em minhas mãos ter ou não ter essa vocação, permaneço em frente a ela em uma essencial liberdade: posso segui-la ou não, ser a ela fiel ou infiel.

E conclui:

Portanto, as trajetórias são o âmbito próprio da liberdade humana, ali onde se desenvolve e se realiza a vida, entre a circunstância imposta e a vocação proposta.

1.1. ESTOU, LOGO SOU

Eu acredito profundamente nisso: sou o que sou, mas esse que sou foi produzido no e pelo Brasil, com toda a sua história e por tudo que me rodeava. E sou as escolhas que fiz e aquelas que não fiz. Se for possível expressar-me desse modo, “sou porque, enquanto e como estou”.⁵ Não aceito que “penso, logo sou”.⁶ Para mim, “estou, logo sou”.

Por tudo isso, a minha experiência como operador do direito é o resultado da conjugação da circunstância e da vocação, no fluxo da vivência. Essas têm sido as

³ Essa passagem é uma das mais distorcidas. Não é incomum as pessoas aludirem a “minhas circunstâncias”, no plural, tal com se Ortega estivesse se referindo às variações e eventualidades da vida, uma espécie de precursor do pós-modernismo de Raul Seixas (“Metamorfose Ambulante”).

⁴ Ortega faleceu em 1955.

⁵ Parece-me que uma das riquezas do português, do espanhol e do italiano em face do inglês, do francês e do alemão é a dissociação entre os verbos “ser” e “estar”.

⁶ Uma das distorções mais graves produzidas pela tradução do pensamento cartesiano para o português foi a substituição do verbo “ser” por “existir”. Em latim, a afirmativa foi “cogito ergo sum”. Ser e existir são conceitos filosoficamente inconfundíveis.

minhas trajetórias, por meio das quais eu tenho tentado tornar-me aquilo que “sou”.

2. A MINHA CIRCUNSTÂNCIA

Nunca me reconheci como particularmente inteligente. Sempre segui a lição fundamental de meu pai: inteligentes são os outros, eu sou apenas esforçado. Esse contexto é fundamental para entender-me inclusive como operador do direito (administrativo, eventualmente).

2.1. O BRASIL

A minha circunstância era o Brasil. Em 1973, quando iniciei a Faculdade de Direito, o Brasil tinha uma população em torno a noventa milhões de habitantes, a maior parte deles em áreas rurais.

À época, a Administração Pública estava localizada predominantemente nas cidades. Os serviços públicos (em acepção ampla) eram escassos e precários. Uma das exceções era a escola pública nas capitais. Eu tive o privilégio de estudar em escolas públicas de excelência para os padrões da época.

2.2. O PARANÁ

A minha circunstância era o Paraná. Se o Brasil era um país periférico, o Paraná era um estado periférico. Existiam três Paranás. Havia o norte, uma extensão da cafeicultura paulista. Havia o sudoeste, que experimentava o início da colonização gaúcha. E o Paraná propriamente dito, que ia do litoral até a região de Guarapuava. A carência de meios de comunicação dificultava a integração do Estado. Eu vivia em Curitiba e o restante do Estado do Paraná era uma miragem.

2.3. CURITIBA

A minha circunstância era Curitiba. Vivia-se a ditadura militar, numa cidade que sempre apresentou um perfil conservador.⁷ Curitiba estava muito distante do eixo Rio-São Paulo. E não me refiro à distância física.

2.4. A FAMÍLIA

⁷ Utilizo a expressão sem conotação depreciativa. A democracia impõe a admissão de cosmovisões distintas. É inafastável o compromisso com as liberdades e com a promoção dos direitos fundamentais, alguns deles a cargo do Estado. Daí não se segue que concepções conservadoras sejam incompatíveis com um Estado Democrático de Direito. Portanto, o conservadorismo típico de certas regiões do Brasil não implica violação necessária aos valores supremos. Nem comporta algum tipo de reprovação incondicional. Negar ao outro o direito de optar por concepções políticas distintas é uma proposta incompatível com a democracia. Portanto, afirmar que Curitiba é uma cidade conservadora apresenta uma conotação puramente descritiva. E isso não significa que todos os habitantes da cidade compartilhem o mesmo enfoque político, como é evidente.

A minha circunstância era a minha família. Meu pai era magistrado e, no contexto da época, era uma pessoa totalmente avessa a questões políticas. Demandava dos filhos que não tomassem posição quanto às circunstâncias políticas, porque “juiz só se manifesta nos autos”. E a família do juiz não devia constrangê-lo.

3. A PRIMEIRA APRESENTAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo da época ainda era fortemente influenciado pela ditadura Vargas. Em Curitiba, o direito administrativo tinha produzido um autor mais conhecido nacionalmente (Manoel de Oliveira Franco Sobrinho).

Mas era problemático aludir a uma doutrina de direito administrativo em Curitiba. Havia poucos livros da área. Na sua biblioteca de magistrado, meu pai tinha um exemplar do *Direito Administrativo Brasileiro*, de Hely Lopes Meirelles. E recebia mensalmente um exemplar da *Revista dos Tribunais*.

3.1. AINDA A FRATURA CARACTERÍSTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A minha circunstância foi o direito administrativo brasileiro, que apresentava – e ainda apresenta – uma característica marcante, que era muito clara à época. Tratava-se da dissociação entre o direito administrativo “acadêmico” e aquele “da realidade”. Quanto a isso, é impossível estabelecer um paralelo entre o direito administrativo francês e o brasileiro, ainda que este tenha (pretensamente) replicado o modelo daquele.

O direito administrativo francês foi plasmado pela atuação do contencioso administrativo. No plano doutrinário, o direito administrativo francês foi e é a teorização da atuação concreta dos tribunais administrativos. Isso produziu a coincidência entre a produção acadêmica e o direito administrativo “da realidade”.

No Brasil, desde sempre, o direito administrativo dos livros e da academia tinha (e ainda tem) muito pouco a ver com a atividade da Administração Pública e com a produção jurisprudencial.

Por isso, o direito administrativo com o qual tenho convivido sempre foi marcado pela coexistência de duas realidades quase autônomas. Há a produção doutrinária e existe a realidade dos fatos. Usualmente, os institutos do direito administrativo da academia são utilizados segundo a conveniência da autoridade administrativa para justificar decisões fundadas em critérios puramente subjetivos.

3.2. O DIREITO ADMINISTRATIVO DO PASSADO EM 1970

Como se não bastasse, a produção acadêmica sobre o direito administrativo da década de 1970 refletia o passado. Retratava o Brasil dos anos 1950 e traduzia as concepções autoritárias tradicionais do Estado brasileiro. O foco central era o poder de polícia. Havia alguns estudos sobre serviços públicos de transporte urbano de passageiros. A concessão de serviço público era uma alternativa em extinção.

A doutrina enfrentava um novo fenômeno, consistente nas “sociedades estatais”, que tinham começado a proliferar depois de 1964.

O Decreto-lei 200/1967 refletiu o esforço em reformar o direito administrativo brasileiro. O diploma tinha inovado inclusive no tocante à licitação. Lembre-se que, até então, as contratações administrativas estavam sujeitas às normas do Código de Contabilidade Pública de 1922.⁸

4. O INÍCIO DAS TRAJETÓRIAS NO DIREITO

Cursei a Faculdade de Direito da UFPR no período entre 1973 e 1977. Vindo de uma família de classe média, sempre estudara em escola pública.

4.1. A FACULDADE DE DIREITO DA UFPR NA DÉCADA DE 1970

Em 1973, a repressão política mais violenta já tinha passado (ao menos, em Curitiba). Em torno a 1968, muitos estudantes de Direito tinham “desaparecido”. Na Faculdade, aludia-se a “torturas” dos “terroristas”, mas sempre com uma carga enorme de autocensura. Havia sempre a perspectiva de algum “agente do SNI” por perto e as paredes tinham ouvidos.

Porém, durante os meus cinco anos, nunca houve qualquer incidente de protestos ou de intervenção policial na Faculdade.

Os professores não se manifestavam sobre o regime. Na maior parte, enfrentavam as questões clássicas, que não apresentassem cunho político. Por exemplo, estudamos aprofundadamente a polêmica entre Windscheid e Muther acerca da natureza do direito de ação e a disputa entre Jhering e Savigny sobre a posse. Já em direito constitucional estudamos a história constitucional brasileira.

Nas salas de aula, os professores falavam e os alunos assistiam às exposições. A participação do aluno não era bem recebida. O papel do aluno era estudar – ou seja, repetir fielmente aquilo que o professor tinha exposto.

4.2. O DIREITO ADMINISTRATIVO NA FACULDADE

Esse era também o contexto para o direito administrativo. A disciplina era ministrada no quinto ano da Faculdade, quando a maioria dos alunos já se encontrava comprometida com projetos profissionais. O conteúdo da disciplina era muito mais do que desalentador, era insuportavelmente chato.

Ainda que existisse na Faculdade o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, seguia-se fielmente a cartilha de Hely Lopes Meirelles. Não se examinava nenhuma questão relevante da realidade sócio-política brasileira. Lembro-me das exposições sobre os tipos de decreto, a definição de portaria, algumas noções sobre licitação. Em suma, direito administrativo era uma das disciplinas mais odiadas pelos alunos, que a identificavam com os piores vícios da organização do Estado.

⁸ Isso não tinha impedido que alguns entes federativos tivessem editado leis próprias sobre o tema.

Eu fui um excelente aluno, primeiro classificado no vestibular e melhor média em todas as disciplinas do curso.⁹ Ou seja, eu era um excelente repetidor do que ouvia.

Dediquei-me a todas as disciplinas, mas certamente o direito administrativo foi um dos martírios do curso. Ao concluir a Faculdade, nunca podia imaginar que o meu destino final seria o direito administrativo. Mas eu tinha razão, nunca cultivei “aquele” direito administrativo que tinha sido apresentado na Faculdade.

4.3. O DIREITO ADMINISTRATIVO FORA DA FACULDADE

Fora da Faculdade, existiam dois direitos administrativos “da realidade”. Havia o direito administrativo ordinário, que era praticado no desenvolvimento das atividades comuns da Administração. E existia o direito administrativo da ditadura. Isso refletia a dualidade de ordens constitucionais vigentes. Afinal, vigorava a Emenda Constitucional nº 1/1969 e existia o Ato Institucional nº 5/1968.

Basicamente, todos os atos governamentais fundados em atos “revolucionários” não se sujeitavam a um regime jurídico. Eram insuscetíveis de controle externo e a eles não se aplicavam as normas constitucionais, legais ou infralegais.

Ou seja, existia o direito administrativo da academia, o direito administrativo da realidade ordinária e a atividade administrativa da ditadura.

Não havia muitas razões para alguém apaixonar-se pelo direito administrativo à época.

5. A ATIVIDADE DOCENTE E A REVELAÇÃO DA PUC-SP

Formei-me no final de 1977 e comecei imediatamente a dar aulas na Faculdade de Direito da UFPR. Fui convidado a assumir uma turma de Introdução ao Estudo do Direito. Naquela época, bastava uma prova didática. Não havia investidura em cargo público de provimento efetivo.

Minhas preferências eram o direito processual e o direito empresarial (então, direito comercial).

Mas a carreira de professor em direito processual era inviável, por diversas circunstâncias (que não vêm ao caso). Encaminhei-me para o direito empresarial, até em virtude da evolução de minha atuação advocatícia.

Passei a dar aulas nessa disciplina, fui aprovado em concurso público para o magistério.¹⁰

À época, por força da reforma de ensino implementada no âmbito federal, começaram a ser exigidos os títulos de pós-graduação.

⁹ Um dos meus orgulhos existenciais é ter-me graduado com média 9,56, a maior média até então dos alunos na história da Faculdade de Direito da UFPR. Tirei quarenta e sete notas dez durante a Faculdade.

¹⁰ Sempre serei grato à generosidade de Ruy Correa Lopes e de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, que abriram as portas do magistério para mim.

A minha intenção inicial era realizar um mestrado em direito comercial. Essa alternativa me encaminhava para a Faculdade de Direito da USP, que congregava os gênios da área. Ocorre que, considerando a modelagem então vigente, o mestrado da USP me exigiria permanecer em São Paulo por pelo menos dois dias da semana. E eu não tinha condições para isso.

Então, optei por outra grande alternativa existente à época. A PUC-SP tinha construído um reputado curso de pós-graduação em áreas do direito público, com um grupo de grandes juristas, tais como Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello, Adilson Dallari, Michel Temer, Tércio Sampaio Ferraz e Marco Aurélio Greco. Inscrevi-me para o mestrado em direito tributário, sob orientação de Geraldo Ataliba. Isso aconteceu em 1980.

5.1. A PUC-SP NA DÉCADA DE 1980

Para um caipira da Curitiba dos anos 1970, conviver com a PUC-SP foi um tremendo choque. A Universidade era um polo de contestação e irreverências, em que conviviam alunos das diversas áreas.¹¹

Ir a São Paulo, viver a PUC-SP no início dos anos 1980 e estudar com os melhores professores da área revolucionou a minha vida. E me revelou um outro direito administrativo, totalmente distinto daquele que eu até então conhecia.

5.2. A “TEORIA PURA DO DIREITO DA PUC”

Geraldo Ataliba era um líder incomparável. Celso Antônio, o melhor professor que eu já conheci. Eles haviam cunhado uma versão peculiar da “teoria pura do direito”. Em princípio, eram kelsenianos ferrenhos, mas sem aceitar a essência da teoria.

Ataliba, em especial, reputava que todas as interpretações divergentes das suas eram inconstitucionais.

Ocorria, na época, um certo paradoxo no trabalho de Ataliba e Celso. Ataliba trabalhava sobre o sistema constitucional tributário brasileiro. Rejeitava a influência do direito estrangeiro. Celso examinava as concepções do pensamento estrangeiro sobre o direito administrativo. Basicamente, toda a bibliografia de direito tributário era formada por autores brasileiros e toda a bibliografia de direito administrativo era composta por autores estrangeiros.

5.3. A RENOVAÇÃO DA PRODUÇÃO JURÍDICA

A PUC-SP renovou o estudo do direito no Brasil. Difundiu um modelo de cursos de especialização, centrado no debate envolvendo grandes professores (inclusive estrangeiros) e profissionais experimentados. Isso promoveu o senso crítico quanto à realidade brasileira. Esse modelo foi replicado para cursos de mestrado e de doutorado.

¹¹ Essa ponderação faz sentido em relação às Universidades em que a Faculdade de Direito não compartilha o mesmo espaço com as demais Faculdades. Esse era (e ainda o é) o caso da UFPR.

5.4. A SITUAÇÃO DA PÓS-GRADUAÇÃO DA PUC-SP NA DÉCADA DE 1980

Ocorre que, quando cheguei ao mestrado, a PUC já experimentava um certo engessamento de pensamento. De modo genérico, não havia perspectiva de “inovações” ou “contribuições” por parte dos alunos da pós. Esperava-se que eles “evolúissem” o suficiente para manifestar a sua concordância com as teses consolidadas na instituição.

5.5. A MINHA TRAJETÓRIA NA PUC-SP

Meu foco central era o direito tributário. Por isso, não me aprofundi sobre o direito administrativo – ainda que eu tenha tido um excelente aproveitamento na disciplina específica.

Completei o mestrado em 1984, com a dissertação *Imposto sobre Serviço na Constituição*.¹²

No ano seguinte, obtive o doutorado¹³ com *Sujeição Passiva Tributária*.¹⁴ Nessa tese, eu já me afastava do enfoque ortodoxo da PUC, porque me filiava filosoficamente ao tridimensionalismo de Miguel Reale. Ataliba não gostou desse desvio e não participou da banca de exame, embora fosse meu orientador. Tive a felicidade de não ser reprovado, mas os professores da PUC atribuíram 8,5 à tese.

5.6. A VIDA NA UFPR

Eu continuava a dar aulas em direito empresarial na UFPR. Em 1986, fui aprovado em concurso para Professor Titular da disciplina, com a tese *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*.¹⁵ Aos 31 anos, eu tinha completado a minha carreira funcional, com a perspectiva de seguir no direito empresarial para todo o sempre. Não foi assim e tudo mudou bem rápido.

6. A DÉCADA DE 1980 E A CIRCUNSTÂNCIA PESSOAL

A efervescência da década de 1980 passou despercebida por mim. Em vista de minha vida pessoal, nunca tive tempo para outras cogitações. Os anos de 1985 e 1986 foram fundamentais para a sociedade brasileira e para a redemocratização do país.

6.1. A DEMANDA PESSOAL

Nesse período, escrevi duas teses – uma em direito tributário e outra em direito comercial, fiz um concurso para Professor Titular, tentei administrar um casamento e auxiliar com os cuidados nos primeiros anos de vida de dois filhos, além de

¹² Publicada com o mesmo título pela Editora Revista dos Tribunais em 1985.

¹³ À época, que eu me lembro, existia apenas um outro doutor em Direito em Curitiba (Aloísio Surgik, doutor em Direito Romano pela USP).

¹⁴ Publicada com o mesmo título pela Editora Cejup em 1987.

¹⁵ Publicada com o mesmo título no ano de 1987 pela Editora Revista dos Tribunais.

ganhar a vida com a advocacia. Não tive nem tempo nem energia para participar da vida circundante.

6.2. A MUDANÇA RADICAL DA REALIDADE

Mas era evidente a mudança da realidade brasileira. O inchaço vertiginoso e desordenado das cidades, os reflexos do crescimento econômico, a atuação intensa do Estado no domínio econômico, dentre outros fatores, produziam novas concepções sobre a atividade administrativa pública.

Multiplicavam-se as inovações legislativas e se afirmava a rejeição àquele “direito administrativo da ditadura”. Tornava-se evidente a inviabilidade de legitimar atos estatais mediante invocação à mera vontade do governante.

O Paraná estava integrado por rodovias, mas as realidades locais ainda eram marcantes. Curitiba se afirmava como uma cidade modelo, com inovações relativamente a transporte público, proteção do meio ambiente, escola pública para populações carentes, limpeza pública e planejamento urbano.

Mas as dificuldades quanto ao direito administrativo não tinham sido superadas. Continuava a se cultivar um direito administrativo dos anos 1950.

6.3. A LICITAÇÃO ATRAPALHOU A MINHA VIDA

Então, um dia, a licitação aconteceu na minha vida e comprometeu os meus planos. Fui contratado por uma empresa que fornecia para o setor público e participava continuamente de licitações. Era 1987.

Diante da necessidade profissional, tive de enfrentar o tema das licitações. Tema que sempre me desagradara – um sentimento que, sob certo ângulo, continua presente comigo ainda hoje.

Aos poucos, a minha atuação advocatícia passou a compreender não apenas o direito empresarial, mas também o direito das licitações.

6.4. O DECRETO-LEI 2.300 E A POSIÇÃO DE HELY LOPES MEIRELLES

Vigorava o Decreto-lei 2.300/1986 e a palavra de Hely Lopes Meirelles era ainda mais importante nessa área do que em outras do direito administrativo. Basicamente, Hely tinha redigido o Decreto-lei 2.300 e era autor da obra utilizada por todos do setor (*Licitação e Contrato Administrativo*). Havia obras de outros autores, que não contemplavam abordagens exaustivas.¹⁶

À época, eram pouquíssimos os profissionais especializados no setor. Estudando o tema e acompanhando a realidade das licitações, tornou-se evidente para mim que nem sempre Hely tinha a resposta. E as respostas que tinha nem sempre eram as que eu achava corretas.

6.5. A LICITAÇÃO COMO UMA QUESTÃO “EXTRAJURÍDICA”

¹⁶ Havia obras de Adilson Dallari (1973), Celso Antônio Bandeira de Mello (1980), Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (1980), Lúcia Valle Figueiredo (1981).

O mais estranho era a dissociação entre o tratamento concreto da licitação e da contratação administrativa em relação ao conjunto do “saber jurídico”. Licitação era tratada como uma questão técnica, em que o enfoque era centrado basicamente em como preencher documentos. Uma das causas talvez fosse a ausência de tratamento do assunto no ambiente acadêmico.

Isso produzia a concepção de que a lei de licitações era uma espécie de “manual de instruções”. Prevaleciam interpretações literais e todas as soluções precisavam estar explicitamente previstas em algum texto normativo – mesmo que no plano infralegal.

A situação era ainda mais dramática porque, anteriormente ao Decreto-lei 2.300, vigorava um sistema fundado essencialmente em competência discricionária. Era usual o reconhecimento de que “o edital é a lei da licitação” – mas numa acepção muito distinta daquela hoje reconhecida. Anteriormente, as normas legais sobre licitação eram quase inexistentes. Logo, o edital veiculava, de modo primário, as regras sobre a disputa. Isso mudou radicalmente com o Decreto-lei 2.300, que pretendeu disciplinar exaustivamente todos os temas.

7. A CONSTITUIÇÃO DE 1988: POUCO MUDOU NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A promulgação em 1988 de uma nova Constituição em pouco afetou a atuação concreta do aparato administrativo - especialmente no tocante à atividade administrativa de licitações e contratações administrativas.

800

7.1. A AUSÊNCIA DE RUPTURA DA PRODUÇÃO DOUTRINÁRIA

A promulgação da Constituição não produziu uma ruptura doutrinária no direito administrativo. De modo geral, a doutrina posterior a 1988 continuou a ser a mesma. Alguns doutrinadores começaram a repensar o direito administrativo. Mas a maior parte dos manuais publicados depois de 1988 era uma continuidade das edições pretéritas.

Em 1990, ocorreu o falecimento de Hely Lopes Meirelles. No entanto, os seus livros continuaram a ser reeditados.

Com o passar do tempo, a influência de Celso Antônio tornou-se muito mais relevante sobre o direito administrativo, tal como as obras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e de Odete Medauar.

7.2. AS DISTORÇÕES DA “PRINCIPIOLOGIA”

A consagração constitucional da eficácia normativa dos princípios produziu um “frenesi doutrinário”. Houve uma enorme preocupação em identificar os princípios normativos, o que resultou na tendência ao menosprezo a regras

específicas e determinadas. Reputo pessoalmente que a preponderância dos princípios produziu resultados muito desastrosos.¹⁷

À época, o deslumbramento quanto à figura dos princípios produziu uma enxurrada de produções acadêmicas laudatórias.

7.3. AINDA A DISSOCIAÇÃO ENTRE DOCTRINA E REALIDADE

A concepção da proeminência dos princípios foi largamente aproveitada pelos agentes administrativos, que incorporaram um fundamento doutrinário para preservar as práticas anteriores. O “princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público” fortaleceu-se como a solução prática mais eficiente para neutralizar o controle dos atos administrativos.

A redemocratização produziu uma pluralidade de modificações radicais no direito e na realidade brasileira. Mas o aparato administrativo do Estado manteve as mesmas concepções anteriores. A atividade administrativa continuou a ser desenvolvida por meio dos mesmos servidores públicos, segundo as mesmas práticas e observando as mesmas rotinas anteriores.

8. A TRAJETÓRIA NAS LICITAÇÕES: A NECESSIDADE DE UM NOVO OLHAR

No início dos anos 1990, eu já tinha uma grande experiência prática em licitações. E tinha uma certa discordância quanto ao estado da doutrina sobre o assunto.

8.1. O “PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DO HELY”

Era até desesperador constatar que vigorava a mentalidade do “princípio da legalidade do Hely”. Basicamente, reputava-se que “A Administração apenas pode fazer aquilo que tiver sido autorizado em lei, desde que assim reconhecido por Hely Lopes Meirelles”.

Em 1º de maio de 1991, aproveitei o feriado para iniciar um livro de comentários sobre o Decreto-lei 2.300. Durante dois anos, dediquei o meu tempo livre a essa tarefa.

Nesse período, já tinha migrado para a disciplina de direito tributário, na Faculdade de Direito da UFPR.

8.2. A LEI 8.666/1993 REVOLUCIONOU A MINHA VIDA

Então, em junho de 1993, foi promulgada a Lei 8.666. Eu tinha concluído os comentários ao Decreto-lei 2.300. Em trinta dias, adaptei a obra à nova Lei, que era, em grande parte, uma repetição do diploma anterior. Meu livro retratava a proposta de integrar “licitações” e direito administrativo, subordinando o estudo e

¹⁷ A teorização sobre o tema foi realizada por Carlos Ari Sundfeld (2012), mas veiculando constatações que apenas a experiência pelo decurso do tempo permitiu.

a aplicação dos institutos ao sistema jurídico. Algo que me parecia evidente, mas que apresentava uma dimensão quase revolucionária à época.¹⁸

Em final de agosto de 1993, a obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, editada pela Editora AIDE, chegou ao mercado. E minha vida mudou.

A Lei despertou grande atenção. Existiam poucas obras sobre o assunto. Basicamente, havia o meu livro e o de Jessé Torres Pereira Júnior.

Os meus *Comentários* refletiam a experiência da atuação concreta em licitações. O livro tratava de questões práticas, com respostas fundadas numa abordagem sistêmica do Direito e com o olhar de um estudioso de outros ramos do Direito.

8.3. OS CURSOS E TREINAMENTOS

A partir daí, aumentou a minha atividade advocatícia em licitações e, por decorrência, em outros temas de direito administrativo. Eu passei a ser chamado para cursos e treinamentos em todo o Brasil. Participei de centenas (talvez milhares?) de eventos, compartilhando muitas horas com agentes públicos e privados cuja vida era licitar e enfrentar os desafios da execução de contratos administrativos. Aprendi muito mais do que poderia ter imaginado.

No entanto, minha atuação nem sempre foi bem recebida. Uma vez, em um treinamento no Instituto Serzedello Corrêa (mantido pelo TCU), um servidor me disse: “O senhor destruiu a Lei 8.666. Estava tudo escrito de modo claro. Daí o senhor começou a interpretar a Lei e hoje ninguém tem mais certeza de nada”. Lembrei-me do Código Napoleônico e me conformei.

Novas edições dos *Comentários* se sucederam, agora com a Editora Dialética (conduzida pelo extraordinário Valdir de Oliveira Rocha).¹⁹

Tornei-me conhecido fora de Curitiba e muito além do círculo do direito empresarial e do direito tributário. Basicamente, era o “especialista em licitações” – uma imagem que me acompanha ainda hoje.

9. AS REFORMAS DE FHC E SEUS IMPACTOS SOBRE O BRASIL (E SOBRE MIM)

A presidência de Fernando Henrique Cardoso produziu uma revolução na estrutura do Estado brasileiro.

9.1. OS REFLEXOS SOBRE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO

A população brasileira já se concentrava predominantemente nas cidades e se verificava a insuficiência dos serviços públicos. A necessidade de investimentos privados em infraestrutura conduziu a grandes reformas constitucionais e legislativas. A concessão de serviço público renasceu com a Lei 8.987/1995. Diversas

¹⁸ E, talvez, ainda hoje. Uma parcela significativa das pessoas parece reputar que licitações são um capítulo à parte do direito administrativo, que não se integra no ordenamento jurídico brasileiro e que se subordina a um conjunto aleatório e irracional de regras.

¹⁹ As edições posteriores a 2014 foram produzidas pela Editora Revista dos Tribunais.

emendas constitucionais alteraram radicalmente a configuração original da Constituição. Houve uma profusão de inovações na estrutura administrativa e organizacional do Estado.

9.2. A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inclusive sob o influxo da atuação do STF, passou a ser reconhecida a imperatividade da afirmação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Isso envolvia a efetividade dos deveres estatais de modificação da realidade e de promoção da dignidade humana. Foi-se tornando evidente que as insuficiências da atividade administrativa do Estado eram um obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais.

9.3. A RENOVAÇÃO DOS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL

Embora ainda sem uma teorização mais ampla, foi sendo promovida por imposição governamental uma renovação radical no tocante a serviços de interesse econômico geral. Isso se passou especialmente no setor das telecomunicações, no âmbito da energia elétrica e no campo do óleo e gás. Certamente, uma inovação marcante foi a edição da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), que refletia a colaboração do administrativista mais brilhante da nova geração, Carlos Ari Sunfeld.

10. A TRAJETÓRIA PESSOAL NO PERÍODO ENTRE 1995 E 2005

Nesse período, a minha atuação advocatícia já estava centrada totalmente em direito administrativo. Isso envolvia inclusive atuar em licitações para as novas concessões. E, nesse setor, a carência doutrinária era ainda maior.

10.1. O ESTUDO SOBRE CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Em 1997, publiquei um livro sobre *Concessões de Serviço Público*, novamente pela Dialética. As reformas legislativas de 1995 ainda não tinham recebido uma atenção mais aprofundada e o livro se preocupava em examinar de modo mais detalhado os dispositivos legais.

Nesse contexto, as minhas raízes de direito empresarial e de direito tributário já tinham ficado no passado. A partir de então, comecei a ser demandado, de modo cada vez mais intenso, a advogar e a fornecer pareceres jurídicos para clientes públicos e privados, em temas diversos de direito administrativo.

10.2. “ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO” E O OLHAR SOBRE (INCLUSIVE) FLORENÇA

No segundo semestre de 1999, estive como pesquisador no *Istituto Universitario Europeo* de Fiesole, arrabaldes de Florença. Esse período foi um marco divisório na minha vida acadêmica. Até então, o direito comunitário europeu era desconhecido para mim.

A riqueza e a complexidade da organização político-jurídica da União Europeia produziram um choque. A concepção de um Estado-Regulador impactou-me profundamente, especialmente pelo reconhecimento da insuficiência da atuação isolada do Estado para promover a efetiva satisfação dos direitos fundamentais.

Durante esses seis meses na Itália, quase não advoguei. Retornando ao Brasil no início de 2000, passei a lecionar direito econômico.

10.3. A “REVOLUÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES”

Desde as reformas de FHC, a relevância das agências reguladoras tornou-se evidente. Mas a matéria não havia sido objeto de teorização mais aprofundada no direito brasileiro. De modo genérico, a doutrina do direito administrativo brasileiro daquela época encarava as agências independentes como uma excrescência – aliás, em termos similares ao que havia se passado na Europa dez anos antes.

Em 2002, publiquei *O Direito das Agências Reguladoras Independentes* (novamente pela Dialética). A obra se preocupava basicamente em sistematizar os modelos regulatórios dos EUA e da União Europeia, tentando estabelecer um diálogo com as perspectivas do Brasil. Certamente, é o meu livro mais aprofundado, ainda que a dinâmica do direito comunitário tenha produzido a sua obsolescência.

As concepções sobre regulação começaram a se difundir, inclusive com a incorporação ao pensamento nacional dos enfoques estadunidense e comunitário europeu. A atividade normativa das agências foi sendo reconhecida, inclusive na jurisprudência dos tribunais. Mas a questão desperta ainda hoje controvérsias relevantes – tal como continua a ocorrer, aliás, mesmo em outros países.

10.4. A SÍNTESE DA EXPERIÊNCIA QUANTO ÀS CONCESSÕES

Em 2003, publiquei uma versão revisada do livro sobre concessões (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*). Também um produto da experiência concreta da advocacia no setor. Parece-me que o livro forneceu subsídios relevantes para a aplicação prática do instituto, especialmente ao defender a concepção de uma equação econômico-financeira dinâmica.

10.5. A EXIGÊNCIA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Fui formado na PUC-SP, que seguia a concepção da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, nos termos preconizados por Celso Antônio. Até 2003, todo o meu pensamento na área de direito administrativo incorporava esse mesmo enfoque.²⁰

Mas as manifestações de novos juristas - Humberto Ávila (1998) e Daniel Sarmiento (2003) – me despertaram para outra abordagem.

Tornou-se evidente para mim a ausência de sincronia entre o direito administrativo e a Constituição de 1988. A centralidade dos direitos fundamentais,

²⁰ Desde alguns anos antes, eu já tinha dúvidas sobre o enfoque. Isso estava evidente em artigo publicado em 1999.

afirmada pelos constitucionalistas como fundamento da ordem constitucional, era ignorada no âmbito do direito administrativo. Os institutos tradicionais do direito administrativo continuavam sendo examinados sob o enfoque anterior à Constituição. Havia situações grotescas, tal como o instituto da desapropriação, disciplinado pelo Decreto-lei 3.365, editado em 1941, durante a ditadura Vargas. De modo genérico, não se cogitava da incidência do regime constitucional de 1988 sobre os temas de direito administrativo.

10.6. O “CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO”

A transcendência axiológica dos direitos fundamentais tornou-se evidente para mim no ano de 2003. Rejeitei a concepção tradicional da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Tinha a percepção de que todos os manuais então existentes eram reedições de obras escritas antes da Constituição de 1988 ou que retratavam os enfoques do período anterior. Não era casual que o direito administrativo tivesse permanecido por muitos anos impermeável às imposições da Constituição de 1988.

Em 2004, desafiei-me a escrever um manual, integralmente concebido sob o pressuposto da supremacia dos direitos fundamentais. Passei setenta dias fechado, escrevendo o novo livro. Em 2005, foi publicado o *Curso de Direito Administrativo*, pela Editora Saraiva. Esse livro se encontra, presentemente, na 14ª edição.

O livro teve uma recepção modesta. Nunca foi adotado pela generalidade das Faculdades. Muitas delas continuam a seguir as edições póstumas de Hely. Os manuais preferidos têm sido os de Celso Antônio, Maria Sylvia e Carvalho Filho.

Lembro-me de uma passagem em que alguém me contou que um “professor de cursinho de concurso” teria dito: “Não estudem pelo livro do Marçal porque vocês serão reprovados”.

De todo modo, acho que o meu manual teve boas repercussões e influenciou de algum modo a evolução do direito administrativo posterior no Brasil.

10.7. A EXTINÇÃO DO VÍNCULO PERMANENTE COM A DOCÊNCIA

Escrever e promover o *Curso* envolveu esforços pessoais enormes. A motivação para a atividade de docência universitária já não existia mais. Em 2006, pedi exoneração do cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da UFPR. Cumpri a minha proposta de vida: é necessário ter paixão pelo que se faz.

11. O “DEPOIS” DE 2006

O passar do tempo conduz o ser humano a prestar maior importância aos períodos iniciais de sua trajetória. Não se passa diversamente comigo. É evidente que a evolução do direito administrativo posterior a 2005 foi extraordinária e incorporou novos elementos muito marcantes. Trouxe uma grande quantidade de doutrinadores, que revisitaram e reinventaram o panorama da realidade e do direito administrativo. No entanto, a minha trajetória tendeu à estabilização.



11.1. AINDA A TRAJETÓRIA PERSONALISTA

O meu percurso existencial posterior a 2006 refletiu a autonomia de minhas escolhas. Vivi nos Estados Unidos durante quatro anos (um ano na Faculdade de Direito de Yale), mudei-me para Brasília (onde vivo desde 2014), escrevi outros livros e atualizei alguns anteriores.

Particpei de centenas de congressos e seminários, dei aulas de modo eventual, integrei bancas de pós-graduação e de concursos para magistério e outras aventuras.

Acompanhei o florescimento de novos e grandes administrativistas, cujo pensamento elevou o direito administrativo a planos mais aperfeiçoados.

As bancas de concurso para Professor Titular de Floriano Marques Neto (USP) e de Gustavo Binenbojm e de Alexandre Santos de Aragão (UERJ) foram momentos magníficos e delas participar foi um privilégio incomparável.

Testemunhar a afirmação do trabalho de Egon Bockmann Moreira, um amigo querido, foi um refresco para a alma.

Muitos outros administrativistas vêm se afirmando, muitos deles trazendo enfoques inovadores e a superação de concepções que eu ainda professo.

11.2. A SITUAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ACADÊMICO

O direito administrativo atual se caracteriza por uma fragmentação muito evidente. A complexidade da realidade brasileira se reflete inclusive no âmbito da atividade acadêmica atinente ao direito administrativo.

Isso decorre, em parte, da multiplicação de faculdades de direito e da preocupação com o exame da OAB. A especialização das áreas para o exame da Ordem impactou o currículo das faculdades. O currículo mínimo é, de modo geral, muito superficial. As disciplinas optativas são concebidas em vista das áreas do exame da Ordem. Nesse âmbito, a preocupação é decorar as respostas para as perguntas que caíram nas provas dos últimos anos. Apenas algumas faculdades adotam enfoque diverso e se constituem em núcleo de produção de conhecimento novo e de desenvolvimento de habilidades diferenciadas para os alunos. Assim se passa inclusive no tocante ao direito administrativo.

À parte disso, há o direito administrativo das pós-graduações, em que nem sempre a finalidade é o descobrimento de novas alternativas. Mas também existem as pós-graduações de excelência, que produzem o progresso do pensamento administrativista.

11.3. O DIREITO ADMINISTRATIVO “DA REALIDADE” E A CONFUSÃO REINANTE

E há o direito administrativo da realidade: aquele que é efetivamente praticado pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário. Esse direito administrativo “da realidade” foi fortemente chacoalhado pela Lei 13.655/2018, que contemplou inovações marcantes para a LINDB.

O dito direito administrativo da realidade consiste em um aglomerado de soluções, orientadas por concepções da metade do século XX e também por improvisação e por visões pessoais pretensamente “consequencialistas”.

11.4. STF, TCU, AGÊNCIAS REGULADORAS

Nesse cenário, o protagonismo do direito administrativo passou a ser concentrado em alguns órgãos estatais específicos. STF, TCU e agências reguladoras assumiram a condução dos processos decisórios atinentes à atividade administrativa do Estado. Inexiste coordenação entre os órgãos. O resultado não chega a ser caótico, mas é muito problemático aludir a segurança jurídica e previsibilidade quanto ao conteúdo da ordem jurídica.

12. UMA BREVE REVISÃO FILOSÓFICA SOBRE AS MINHAS TRAJETÓRIAS

Eu nunca fui “acima de tudo” um professor universitário. Nem de direito empresarial, nem de direito tributário, nem de direito econômico, nem de direito administrativo. Se eu tenho sido algo acima de tudo, tenho sido um advogado. A produção acadêmica é uma decorrência dessa condição, uma espécie de externalidade positiva dessa condição.

12.1. A QUESTÃO DO MAGISTÉRIO UNIVERSITÁRIO

Fui professor universitário durante vinte e oito anos. Na graduação e na pós. Suponho que, na maior parte do tempo, fui um bom professor. De modo genérico, sempre dediquei o meu melhor esforço para a Universidade.

Mas nunca consegui estabelecer aquela forma de comunicação intuitiva com os alunos que muitos professores desenvolvem. Existe uma capacidade de inspiração e de motivação espiritual e intelectual que distingue pessoas como Carlos Ari Sundfeld e Luís Roberto Barroso. Nunca tive essa capacidade genial. Fui um professor esforçado, enquanto a função me motivou. Quando a motivação para a docência acadêmica formal desapareceu, tive a decência de pedir exoneração do cargo e tentar colaborar de outros modos para o progresso do Brasil e do direito.

12.2. A INVIABILIDADE DE UMA MANIFESTAÇÃO SOBRE PROPOSTAS DIDÁTICAS

Precisamente por isso, não disponho de condições (nem de autoridade) para formular propostas didáticas relativamente ao ensino do direito administrativo em cursos de graduação e de pós-graduação.

12.3. A ABRANGÊNCIA DA EXPERIÊNCIA PESSOAL

Ao longo de minha vida, interagi com dezenas de milhares de agentes públicos, especialmente no âmbito de cursos de treinamento, de conferências e de seminários. O meu livro sobre a Lei 8.666 vendeu mais de cem mil exemplares em suas dezoito edições. As demais obras também atingiram uma parcela relevante dos operadores de direito público.



Guardo a pretensão de que, em todas as hipóteses, a minha atuação doutrinária sempre foi orientada à realização de um projeto sobre o direito administrativo e sobre os próprios indivíduos. O aperfeiçoamento do Brasil depende da superação de defeitos e limitações centenários da Administração Pública. E a melhoria da Administração Pública pressupõe a elevação da qualidade da atuação dos agentes públicos (e privados). Tentei, em todas as oportunidades, levar avante essa espécie de missão.

12.4. AINDA O EXISTENCIALISMO

Talvez exista um vínculo entre essa trajetória e uma concepção filosófica que me nutre. Sou um existencialista – seja lá isso o que for. Revolta-me conceber o mundo como uma ordem abstrata, como uma dimensão lógico-axiológica hipostasiada. Acho que a vida é vivência concreta, experiência real, experimentação das alternativas possíveis e tornadas possíveis pelo existir individual e coletivo.

13. CONCLUSÃO

Tenho de reconhecer que sou do contra, que não sei fazer as coisas para agradar os outros, que as minhas escolhas usualmente não são as socialmente mais convenientes. Porém eu tento sempre ser fiel ao modo de viver a minha vida. Inclusive no tocante ao vivenciar o direito administrativo.

O direito administrativo da Constituição, esse está apenas em etapa inicial de afirmação. Esse é o ponto central: é impossível um direito administrativo democrático, centrado em direitos fundamentais e na dignidade de todos, em uma sociedade não democrática. Promover a democracia, portanto, é a tarefa de todos, inclusive e especialmente dos praticantes do direito administrativo.

Nenhuma trajetória é puramente individual. O percurso de cada um de nós é entremeado com o dos demais. As nossas escolhas são afetadas pelas ações e pelas omissões dos outros. Isso tudo é a circunstância que nos constrói a todos e que influencia em nossas trajetórias.

A minha vida como operador do direito refletiu o impacto de uma grande pluralidade de pessoas, de professores de grande saber e de pessoas sem conhecimento jurídico. Eu apenas posso esperar que aquilo que escrevi e que aquilo que não escrevi, que as palavras que disse e as que calei, que as minhas ações e que as minhas omissões possam ter, de algum modo, colaborado para incentivar, facilitar e aperfeiçoar as trajetórias de alunos, de agentes públicos, daqueles que convivem com a Administração Pública e com todos os que cruzaram a sua trajetória com a minha. Sem dúvida, uma ambição desmedida.

REFERÊNCIAS



ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 3, p. 77-113, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**, São Paulo: Juriscredi, 1973.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Direitos dos Licitantes**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. FERRAZ, Sérgio. **Dispensa de Licitação**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GASSET, Jose Ortega y. **Meditações do Quixote**. São Paulo: Livro Ibero-Americano Ltda., 1967 (tradução da 2. Ed. Espanhola, Madrid: Revista de Occidente, 1966, trad. Gilberto de Mello Kujawaski).

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 26, p. 115-136, 1999.

MARÍAS AGUILERA, Julián. *Ortega. T.2. Las trayectorias*. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1983.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.