CARLOS ARI SUNDFELD

DIREITO ADMINISTRATIVO PARA + CÉTICOS

5ª EDIÇÃO
revista, atualizada e ampliada

2027

EDITORA JusPODIVM | MALHEIROS EDITORES
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 10

ADMINISTRAR É CRIAR?

1. SERÃO AS LEIS A ALMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO?

O direito administrativo foi inventado para servir de instrumento do projeto de direção das administrações públicas pelo Direito. A solução original foi vinculá-las às leis editadas pelo Parlamento, pela seguinte fórmula: os atos e regulamentos administrativos, para serem válidos, precisariam estar autorizados por lei. A isso se chamou *princípio da legalidade administrativa*, em sua versão inicial.

Há pensadores do direito administrativo ainda hoje convencidos de que a *vinculação ao Parlamento* seria o eixo central da engrenagem que assegura a submissão das administrações ao Direito.[1] Isso se traduz numa

1. É o caso de um dos manualistas com relevante influência intelectual no Brasil nas últimas décadas no século XX, Celso Antônio Bandeira de Mello, que se manteve fiel à clássica formulação de Carré de Malberg (v. *La loi, expression de la volonté générale.* Paris: Economica, 1984). Para Celso Antônio, a legalidade é "o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo" e o direito administrativo "é o fruto da submissão do Estado à lei", isto é, da "consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares à lei*". A lei a que o autor se refere é a "editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social", de modo que a legalidade o que pretende é "garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral" (*Curso de Direito Administrativo.* 20ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 88-89). Assim, para o autor, administrar é essencialmente executar, é concretizar a vontade do legislador.

   Celso Antônio se insere em uma tradição de reduzir enfaticamente o papel do Executivo que, entre os administrativistas brasileiros, provavelmente nasceu em 1866 na boca de Antônio Joaquim Ribas: "O legislador é a inteligência que formula a regra; a administração é a força mecânica que a executa", de modo que ao administrador caberia apenas "aplicar sistematicamente, às hipóteses variáveis da vida prática, o pensamento da lei, esclarecendo e

desconfiança em princípio contra as competências administrativas que valorizem o papel dos administradores, que lhes deem a iniciativa e a concepção de soluções, políticas e programas, que lhes deem espaço jurídico para a criação. Para esses pensadores, no Estado de Direito os administradores públicos só podem ser braços mais ou menos mecânicos do legislador.

Em coerência, essa linha de pensamento adota uma postura de combate. Ela envolve a defesa de que as leis sejam maximalistas, não podendo deixar espaço para deliberações próprias dos administradores. Ela defende, por isso, interpretações constitucionais e legais que redundem na máxima restrição desse espaço de deliberação. Envolve também a crítica e denúncia de inconstitucionalidade contra leis que atribuam às administrações públicas competências amplas, inclusive normativas (isto é, competências para editar normas que não se limitem ao desdobramento analítico de conteúdos sintéticos já contidos em lei).[2]

É ainda uma linha pessimista quanto ao momento atual do Estado de Direito, pois o poder normativo do Legislativo estaria sendo corroído pelas delegações às autoridades administrativas e, com isso, as administrações estariam fugindo do Direito.

Para essa linha de pensamento, o direito administrativo é o *direito da execução das leis*. Disso resulta que seria fundamental ao administrativista a capacidade de distinguir radicalmente as *atividades legislativa* e *administrativa* e que o principal dever dele seria a defesa do caráter não só subordinado como contido da atividade administrativa, a qual teria de se limitar à simples concretização de deliberações legislativas anteriores, não podendo ser juridicamente criativa.

Mas é importante, a partir da discussão da experiência brasileira contemporânea, atualizar essa visão. Como ponto de partida, reconhece-se a importância que a Constituição de 1988 atribui à lei formal como

completando a palavra de que ela se serve, e decretando as medidas secundárias de mera execução" (*Direito Administrativo brasileiro.* Rio de Janeiro: F.L. Pinto e C. Livreiros-Editores, 1866, pp. 66-7).

2. Celso Antônio vê, na outorga legal de competências normativas à administração, um "procedimento abusivo, inconstitucional e escandaloso", "descaso ... de nossos legisladores ... na mantença das prerrogativas do Poder em que se encartam" e "olímpica indiferença pela salvaguarda dos direitos e garantias dos cidadãos" (*op. cit.*, p. 333).

mecanismo de submissão das administrações públicas ao Direito[3]. Reconhece-se também, claro, que as competências administrativas, inclusive as normativas, têm de encontrar nas leis suas bases e limites.

O que se tem de contestar é a ideia monista de que a vinculação das administrações ao Parlamento ainda seja a alma do direito administrativo.[4]

Como demonstraram os administrativistas clássicos, o direito administrativo supõe a vinculação do administrador ao legislador.[5] Não se quer de modo algum negar essa premissa, que continua sendo correta. O que se contesta não é a existência da vinculação, mas a ideia de que ainda estaria nela toda a chave da amarração jurídica das administrações públicas.

Por isso, é preciso afastar-se da visão de que os administradores teriam de ser braços essencialmente mecânicos e aceitar como natural a outorga, a eles, de competências para criar a partir das leis – isto é, que as leis abram espaço jurídico para os administradores instituírem e conceberem soluções, políticas e programas.

As ideias iniciais sobre Separação de Poderes não incluíam propriamente administrações públicas com as dimensões e características que adquiriram posteriormente. O Executivo original seria de fato acanhado.

---

3. Esta é uma das razões por que não se adere à linha que propõe substituir, como critério definidor do direito administrativo, a vinculação da administração à lei (isto é, ao Parlamento) pela vinculação da administração à Constituição. Gustavo Binenbojm defende essa linha: "Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade." (*Uma teoria do Direito Administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36).

   Embora os adeptos dessa linha não desprezem as leis, tendem a supervalorizar a Constituição em relação a elas, o que pode conduzir a diversos desvios.

4. Entre os manualistas brasileiros relevantes, Odete Medauar é exemplo de quem também rejeita explicitamente a "sacralização da legalidade", entendida como vinculação da administração ao legislador (*Direito Administrativo moderno.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 138; v. tb. *O Direito Administrativo em evolução.* 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144).

   Para uma monografia de qualidade com uma visão contemporânea André Cyrino. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

5. Visconde do Uruguai, o mais clássico dos administrativistas brasileiros, em sua obra fundadora, o *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, de 1862, assim disse: "O poder administrativo está essencialmente subordinado ao Legislativo. Os seus atos não têm valor senão enquanto são consequências ou estão conformes com as leis que emanam deste último." (José Murilo de Carvalho. *Visconde do Uruguai* (coleção formadores do Brasil). São Paulo: Ed. 34, 2002, p. 97).

Afora a função de alto governo, ele se reduziria à implementação concreta de deliberações já tomadas no plano legal. Mas foi a própria evolução política e jurídica que, a partir dessa costela, construiu um novo ser: a administração pública múltipla; criada e condicionada por leis, sim, mas com atuação jurídica de amplo espectro.

Os debates jurídico-administrativos não devem ser feitos a partir de idealizações platônicas, e sim a partir da experiência jurídica. A interpretação muito pessoal de normas constitucionais que o jurista baseie nessas idealizações pode, claro, ter valor intelectual ou literário. Mas o conhecimento jurídico que tem interesse social, que deve impactar o funcionamento efetivo do Estado, é o que leva em conta fundamentalmente a experiência jurídica.

Parte significativa da visão jurídica sobre as administrações públicas e da produção sobre direito administrativo no Brasil é fruto de idealizações, despreza e distorce a experiência histórica e acaba tendo influência negativa em seu controle jurídico concreto.[6]

Como a amarração jurídica das administrações contemporâneas é realizada, a par da lei formal, por várias outras fontes e mecanismos, a viabilidade do Estado de Direito não é comprometida só pelo fato de elas exercerem amplas competências criativas por autorização legal.

O direito administrativo tem de ser visto como o *direito que condiciona a criação e execução de soluções, políticas e programas pelas administrações*

6. Uma dessas idealizações é a de Estado de Direito, como explica Almiro do Couto e Silva:

"Certo, num modelo ideal, o Estado de Direito estaria a exigir que os executores da lei, fossem eles juízes, administradores ou legisladores (suposta, neste último caso, a existência de uma lei superior), se limitassem a ser aplicadores mecânicos dos comandos contidos na norma. A metáfora da boca que pronuncia as palavras da lei, da passagem célebre de Montesquieu, exprime esse anseio de onisciência e de onipresença, a um tempo só, do legislador e da lei. Esta, mesmo nas minúcias da sua aplicação concreta, do executor só deveria ter o braço e a voz, mas nunca o cérebro, a colaboração integradora da sua inteligência e da sua vontade. Na submissão dos órgãos e dos agentes à *'vontade geral'* expressa na lei estaria assim eliminada (como também de resto, de toda a superfície do Estado), de forma absoluta, a *voluntas* individual do governante, do administrador, do juiz e, em certas hipóteses, até mesmo do legislador (quando houvesse uma lei mais alta a respeitar), substituída sempre por uma *ratio* objetiva, que lhe é preeminente e condicionante, contida na norma legal.

Essa é, no entanto, uma imagem do Estado de Direito que só existe no mundo platônico das ideias puras. O Estado de Direito que é conhecido da experiência histórica é aquele em que a sujeição da ação estatal à lei não significa sempre execução automática dos preceitos que a integram." (Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1990, vol. 179/80, p. 51-2).

públicas. O dever básico do administrativista é trabalhar na ampliação do leque de alternativas para a ação administrativa encontrar no Direito sua base e seus limites, mas sem comprometer a extensão da função criadora que as administrações tiverem recebido da legislação, nos termos constitucionais.

A grande missão do administrativista contemporâneo não é tolher a criação administrativa para defender o espaço do legislador. É assegurar que o Direito, em suas múltiplas formas, influa sobre o espaço de deliberação administrativa, mas sem monopolizá-lo.

2. AS ADMINISTRAÇÕES NÃO SÃO BRAÇOS MECÂNICOS DO LEGISLADOR

A vinculação absoluta das administrações ao legislador foi a primeira grande técnica concebida para a direção sistemática da ação administrativa pelo Direito. Mas a experiência foi mostrando gargalos e insuficiências, o que levou ao paulatino enriquecimento do direito administrativo com outras técnicas. Elas alteraram aos poucos as características do sistema, inicialmente concebido como de legalismo formal (em que o legislador faria as escolhas, o administrador as executaria e os juízes corrigiriam as ilegalidades formais), tornando-o bem mais complexo.

Uma das mudanças foi o surgimento das administrações públicas como estruturas personificadas, com múltiplas e amplas tarefas e fins a perseguir. Isso fez com que a ação administrativa não pudesse mais ser definida como uma singela execução de leis.[7] A figura do administrador como braço mecânico do legislador era capaz talvez de descrever um pouco do Executivo imaginado nos primórdios. Mas não é boa figura para explicar a administração multifuncional da experiência jurídica histórica, que foi aparecendo aos poucos.

As administrações públicas de cada país, suas estruturas, suas competências, seus modelos de ação, foram construídos ao longo do tempo. Nisso, as leis tiveram – e têm – o seu papel, claro. Mas as soluções legais foram e são heterogêneas, com modelos e densidades muito variáveis. Grande parte dessas leis não contém a antecipação em abstrato de todos e cada

7. Sobre os fatores históricos dessa mudança, Eduardo García de Enterría. *Revolucion francesa y administracion contemporanea*. 4ª. ed. Madri: Civitas, 1994.

um dos atos, embora elas sejam as responsáveis pela instituição das organizações estatais, e pela autorização e delineamento de sua ação futura. As atividades administrativas escoradas nessas bases não podem ser definidas como mera execução de leis; há nelas, claro, implementação do que as leis preveem, mas a função criadora das administrações nesses casos não pode ser minimizada: suas atividades são muito mais do que execução.

Administrar é também criar, a partir das leis.

Essa administração criativa, ao atuar, interagindo com o Judiciário e a sociedade, constrói uma história, envolvendo práticas, entendimentos jurídicos,[8] normas administrativas etc., que adquirem algum grau de vida própria. Ao fim desse processo, torna-se muito irrealista usar a ficção de que a administração mesma e tudo o que ela faz seriam mecânicas aplicações de leis.[9] A lei está na origem de tudo, é verdade, mas nem por isso a vida administrativa se reduz à execução de leis, assim como nenhuma pessoa pode ser compreendida por inteiro pela simples referência a seus ancestrais.

---

8. Sobre o caráter normativo desses entendimentos: Carlos Ari Sundfeld. *Direito administrativo*: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022, pp. 111-126; e Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Guilherme Jardim Jurksaitis. Interpretações administrativas aderem à lei? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, vol. 260, p. 97-132. mai./ago., 2012.

9. Irrealista e contraproducente, pelo ângulo da submissão da administração ao Direito. Quem minimiza as normas e atos da administração, descrevendo-os como mera execução de lei, tem, por dever de coerência, que encarar as invalidades como um simples problema de incompatibilidade com a lei. Mas essa fórmula é claramente insuficiente para explicar, p.ex., porque há invalidade no caso do ato administrativo concreto incompatível com o regulamento, mesmo que esse ato não seja diretamente contrário à lei. A invalidade na hipótese nada tem a ver com a vinculação da administração ao legislador, mas sim com a vinculação da administração às suas próprias normas (princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos).

   Aquela fórmula também não explica a inviabilidade de a nova interpretação administrativa de um texto legal ter efeitos retroativos (proibição hoje positivada na lei federal de processo, n.º 9.784, de 1999, art. 2.º, XIII, *in fine,* e no art. 24 da LINDB). A nova interpretação não invalida os atos anteriores porque administrar não se reduz a executar materialmente leis; administrar é também interpretar. Incide então, no caso, a vinculação da administração a suas próprias interpretações passadas, que é uma aplicação particular da ideia de que a administração está vinculada às suas próprias normas (interpretar é atribuir sentido ao texto legal; é produzir a norma, que é produto da interpretação).

   Interessa destacar aqui o quanto o direito administrativo seria insuficiente, como instrumento de controle da administração, se fosse levada realmente a sério a visão que subestima a ação normativa da administração. Felizmente, nem seus próprios defensores vão a tanto, pois, em incoerência saudável, também eles defendem as múltiplas aplicações da ideia de que a administração se vincula às suas próprias normas.

3. POR QUE A IDEIA DO BRAÇO MECÂNICO AINDA É FORTE NO BRASIL?

É justo notar que, já no início do século XX, havia administrativistas nacionais bastante conscientes da complexidade das funções da administração e da impossibilidade de descrevê-la como uma máquina de execução de leis.[10]

Todavia, a visão monista – de que as administrações são máquinas de executar leis e, portanto, o direito administrativo é só um direito da execução das leis – manteve-se forte no pensamento jurídico brasileiro, e inclusive cresceu nas décadas finais do século XX.

Há várias explicações para isso e a primeira delas tem algo a ver com a resistência às ditaduras.

No decorrer dos anos, nossa história administrativa foi ficando muito vinculada a períodos de ditadura (a de Vargas, de 1930-1946 e a militar, de 1964-1985). Aí, vários publicistas adotaram a estratégia de tentar cortar as asas do Executivo e de suas autoridades pelo argumento que as diminuía: elas não poderiam ser mais do que fiéis executoras da vontade popular expressa nas leis, cujo sentido e alcance caberia ao mundo dos juristas revelar. Seria um constrangimento limitado ao poder das autoridades, mas ainda assim algum constrangimento.[11]

---

10. Alcides Cruz, o mais arguto dos administrativistas da Primeira República, é o exemplo a citar. Em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, de 1914 (Rio de Janeiro: Francisco Alves), referiu a administração como um "conjunto de serviços públicos" (p. 19) e recusou-se a vincular seu conceito de direito administrativo à Separação de Poderes (noção "se não incompleta, positivamente obscura" – p. 23). Como fontes do direito administrativo, listou as normas constitucionais, as leis, os regulamentos e outras normas administrativas, os princípios, a jurisprudência nacional, o costume e a praxe dos negócios públicos, e a doutrina e jurisprudência estrangeiras, especialmente a norte-americana (p. 27). Quanto às condições de validade do ato administrativo, falou em "conformidade" e "submissão" ao "Direito" (p. 38) e na necessidade de o ato ser "legal" (p. 39). Como se percebe, Alcides Cruz já estava muito longe de uma visão simplificadora sobre a administração e o direito administrativo.

11. O clássico de referência dessa estratégia é o belo livro *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, não por acaso lançado em 1941, em plena ditadura Vargas, por Seabra Fagundes, que se tornaria o grande símbolo do publicismo democrata. Sua definição para a administração estampou com nitidez a visão política que a inspirou: "A administração tem por finalidade exclusiva os fenômenos de realização do direito; a legislação é formadora do direito e a administração executora". (6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 5).

    O fio dessa meada foi retomado durante a ditadura militar por Celso Antônio, que lançou seu *Elementos de Direito Administrativo* em 1980 (São Paulo: Revista dos Tribunais), quando o regime já estava em período final, da distensão (mas o livro reunia textos que vinha elaborando desde a década de 1960). Com sua doutrina, Celso Antônio acabou celebrizando,

É muito respeitável o espírito democrata que, em sua época, inspirou tal postura. Mas isso não impede de dizer que essa orientação não serve mais a nosso direito administrativo. Ela, sobre ser tecnicamente inexata e insuficiente, perdeu sua razão de ser: o Brasil vive agora numa democracia.

A administração atual é um espaço de deliberação pública – feita na forma do Direito, mas não apenas considerando o Direito. O Direito dirige e limita a ação administrativa, mas não pré-determina por inteiro todos seus atos. Na deliberação administrativa entram a política, a técnica, a subjetividade etc. Sobre a deliberação, há controles jurídicos, checando sua compatibilidade com o Direito. Mas há também influências e controles não jurídicos, de dentro ou de fora das instituições estatais, atuando pontualmente ou no longo prazo.

Não faz sentido, na vigência do regime democrático, propor que os controles jurídicos absorvam o campo natural dos controles não jurídicos. O mundo jurídico não tem – e não deve ter – todas as respostas.

Na dinâmica da redemocratização brasileira a partir da década de 1980 foi importante a estratégia de usar instrumentos jurídicos (o Judiciário, os processos, as normas etc.) para forçar o debate sobre questões públicas, que no mundo da política ainda não se fazia no modo amplo da democracia. Era o campo jurídico como arena da política, que fazia sentido incentivar. Mas essa estratégia se tornou anacrônica.

Há, por parte dos homens do Direito, um persistente preconceito contra funcionários e dirigentes públicos, estigmatizados como autoritários ou patrimonialistas. Isso tem justificado as tendências de restringir o

---

como síntese simbólica da corrente monista, uma sentença de Seabra Fagundes: "administrar é aplicar a lei de ofício".

A doutrina de Celso Antônio conquistou o coração de boa parte dos publicistas teóricos da época. Mas não foi unânime em sua geração. Almiro do Couto e Silva, contemporâneo discreto, mas profundamente respeitado, pôs-se enfaticamente em outra ala, como se vê aqui: "A administração pública é voltada para o futuro. No Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma base ou de uma autorização legal para agir, mas, no exercício da competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público". (Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, vol. 179/80, 1990, p. 53).

alcance da função criadora e da competência desses agentes públicos para fazer deliberações em nome da sociedade. O Direito precisa ser a base e o limite dessas deliberações, claro. Mas há outros mecanismos institucionais de influência e controle, funcionando sob lógica não puramente jurídica, que também as condicionam.[12]

O mundo dos juristas não pode pretender o monopólio da influência na deliberação pública, tampouco a última e verdadeira palavra em todas as questões.

A orientação dos juristas que reserva toda deliberação pública relevante para o Legislativo supõe ser viável retirar a política da administração, reduzir à mera técnica o papel dos dirigentes e funcionários públicos. Mas essa orientação despreza a experiência histórica e não faz sentido no mundo contemporâneo, em que o largo espectro de funções assumidas pelo Estado exige administrações públicas também de largo espectro.

É uma orientação preconceituosa, que usa o dogma de que só nos Parlamentos pode haver deliberação democrática e, por isso, estigmatiza as administrações como não democráticas. É uma orientação que se recusa a ver a realidade política atual, em que as administrações estão impactadas por vários mecanismos democráticos.

É também uma orientação elitista, que faz o elogio retórico do papel dos Parlamentos como pretexto para, ao fim e ao cabo, valorizar isto sim o papel da elite de profissionais do Direito, inflando seu poder de veto e influência sobre as atividades administrativas.

É de se indagar o quanto é mesmo sincera a postura dos juristas, ao louvarem a lei do Parlamento como expressão da democracia. No caso brasileiro, essa sacralização foi forte justo nos períodos mais autoritários, época em que nossos Parlamentos sofriam problemas grandes de legitimidade. Quando, ruindo o regime militar em 1985, os parlamentares alcançam uma representatividade que nunca tiveram em nossa história – e em que a defesa da lei adquiria muito mais sentido – justamente aí aumenta a desconfiança dos juristas em relação a essas instituições, aparece um amor mais forte e se chega à sacralização da Constituição, como dique às falhas do próprio legislador. Em muitos discursos, as administrações começam

12. Um panorama dos controles útil para nosso debate está em Maria Rita Loureiro, Fernando Luiz Abrucio e Regina Sílvia Pacheco (org.). *Burocracia e política no Brasil*: desafios para o Estado Democrático no século XXI. Rio de Janeiro: FGV, 2010, pp. 109-147.

então a ser descritas como braços mecânicos da Constituição, como uma máquina de executar normas constitucionais.

É interessante questionar o sentido dessa sacralização, pelos administrativistas, primeiro da lei e depois da Constituição. Defesa do domínio da vontade popular sobre a administração (pelo Parlamento e pela Constituinte) ou defesa da influência dos profissionais do Direito sobre a tomada de decisões públicas?

Nos debates sobre questões administrativas, o uso de normas legais e de normas constitucionais para limitar ou conduzir a ação dos dirigentes e servidores públicos é instrumento do mundo jurídico, de profissionais do Direito. Afinal, o verdadeiro sentido e alcance dessas normas quem fixa são as instituições jurídicas (órgãos de advocacia pública, Judiciário, ministérios públicos, tribunais de contas, órgãos de controle interno), isto é, as instituições cuja intervenção nas várias matérias é justificada pelo dever de zelar pela aplicação do Direito.

A sacralização da Constituição ocorreu a partir da década de 1980 sem que, em linhas gerais, abrandasse a tendência de supervalorizar a legalidade administrativa. É que havia um sentido comum a aproximar esses dois movimentos: tratava-se em ambos os casos de limitar o espaço de deliberação dos dirigentes e dos servidores públicos, de negar-lhes competência para a criação jurídica. Hipertrofia constitucional e hipertrofia legal pareceram a muitos publicistas brasileiros como faces de uma só moeda, como parte de um mesmo movimento.

Sacralizar a lei e sacralizar a Constituição para diminuir dirigentes e servidores públicos é uma possível estratégia de profissionais do Direito em busca de mais espaço, mais poder, mais prestígio. Por isso a redemocratização não abalou o monismo no Brasil, antes justificável como resistência ao autoritarismo. Contemporaneamente à redemocratização, e em parte por conta dela, houve um impressionante crescimento e fortalecimento tanto das carreiras jurídicas públicas como das instituições de controle baseadas no Direito. Elas procuraram se legitimar disputando os espaços de deliberação com os dirigentes e os servidores das administrações.

Era natural que, em busca de afirmação, elas hipervalorizassem o Direito, isto é, forçassem o sentido de normas constitucionais e legais para usá-las como argumentos nos debates sobre questões administrativas. Como o monismo legalista era um discurso ainda com *status* entre juristas brasileiros, acabou sendo assumido como peça desse esforço de ampliação

do estoque de argumentos jurídicos. Negar a viabilidade de as administrações serem criadoras, vê-las como simples braços mecânicos do Direito, era um meio de afirmar um poder maior para as instituições incumbidas de dizer o Direito.

Assim, se é verdade que os adeptos da superconstitucionalização do direito administrativo têm muitas vezes pregado contra as leis, defendendo seu afastamento por suposta incompatibilidade com a Constituição, no geral, os dois movimentos têm podido conviver, pois têm um inimigo comum: o administrador público. Assim, o monismo legalista continua forte no Brasil.

Por outro lado, o persistente prestígio da visão monista tem razão bem forense.

Por décadas, o direito público tem sido o objeto da maior parte das ações judiciais do dia a dia, com larga predominância de dois temas: os tributários e as vantagens funcionais dos servidores públicos. No âmbito desses debates judiciais, que são a esmagadora maioria dos que envolvem o direito administrativo, é correto mesmo dizer que as administrações nem podem exigir nem podem conceder o que já não esteja analiticamente previsto em lei, pois as sucessivas Constituições brasileiras vêm se mantendo rígidas quanto à necessidade de a própria lei impor os deveres tributários ou conceder vantagens funcionais.

Assim, não espanta a tendência de os publicistas – em geral profissionais largamente atuantes nessas causas – generalizarem para todo o direito administrativo a ideia de estrita legalidade, que é específica de algumas de suas partes.

4. AS LEIS NÃO SÃO A ÚNICA FONTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Do ponto de vista estritamente técnico, a sacralização da lei não é necessária, isto é, não é indispensável ao sucesso do projeto de condicionar juridicamente as administrações. Em seu crescimento histórico, o direito administrativo foi ampliando enormemente suas bases, e a função tática da lei foi, em muitos casos, sendo assumida por outras fontes normativas.[13]

13. Sobre o tema v., p.ex., Tanneguy Larzul. *Les mutations des sources du Droit Administratif*. Lyon: L'Hermès, 1994.