

***O DIREITO ADMINISTRATIVO
NA ATUALIDADE***

*Estudos em homenagem ao centenário
de HELY LOPES MEIRELLES
(1917-2017)
Defensor do Estado de Direito*

**ARNOLDO WALD
MARÇAL JUSTEN FILHO
CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA
(Organizadores)**

**PREFÁCIO DO
MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES**

O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ATUALIDADE

Estudos em homenagem ao centenário de

HELY LOPES MEIRELLES (1917-2017)

Defensor do Estado de Direito

© ARNOLDO WALD, MARÇAL JUSTEN FILHO e
CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA (Orgs.)

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição: PC Editorial Ltda.

Capa

Criação: Vânia Lúcia Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

08.2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 O direito administrativo na atualidade : estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito / Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira (organizadores) ; prefácio do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. – São Paulo : Malheiros, 2017. 1208 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-392-0381-9

1. Direito administrativo - Brasil. 2. Administração pública. I. Wald, Arnold. II. Justen Filho, Marçal. III. Pereira, Cesar Augusto Guimarães. IV. Mendes, Gilmar Ferreira. V. Meirelles, Hely Lopes.

CDU 342.9(81)
CDD 342.8106

Índice para catálogo sistemático:

SUMÁRIO

Prefácio – GILMAR FERREIRA MENDES	9
Apresentação – O centenário de HELY LOPES MEIRELLES	11
Curriculum Vitae do Homenageado	15
Bibliografia de HELY LOPES	19
Retrato de HELY LOPES MEIRELLES – EURICO DE ANDRADE AZEVEDO	29
Discurso de saudação a Hely Lopes Meirelles (prêmio Pontes de Miranda, conferido pelo Instituto dos Advogados do Distrito Federal) – HENRIQUE FONSECA DE ARAUJO	43
Sobre os Autores	49
Do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado à Concessão Urbanística – ADILSON ABREU DALLARI	59
A ressignificação da eficiência nas empresas estatais à luz da Lei 13.303/2016 – ALÉCIA PAOLUCCI NOGUEIRA BICALHO	73
Considerações sobre as relações do Estado e do Direito na Economia – ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO	91
A evolução do conceito jurídico de autorização na doutrina brasileira – ALEXANDRE WAGNER NESTER	108
A dimensão humana de Hely Meirelles – ALICE MARIA GONZALEZ BORGES	129
Autorização de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros de titularidade dos Estados: reflexões a partir da obra de Hely Lopes Meirelles – AMAURI FERES SAAD ...	132
O construtivismo pragmático de Hely Lopes Meirelles e o seu legado para o direito administrativo brasileiro – ANDRÉ CASTRO CARVALHO e OTAVIO AUGUSTO VENTURINI DE SOUSA	162
Um jurista e suas publicações: um diálogo com a produção acadêmica de Hely Lopes Meirelles (1959-1989) – ANDRÉ RODRIGUES JUNQUEIRA	183
A política agressora da suspensão de segurança em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos – ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE	193
Natureza, efeitos e vícios das recomendações do Ministério Público – ARAKEN DE ASSIS e GIANFRANCESCO GENOSO	204
Os atos bifaces no Direito Bancário – ARNOLDO WALD	211
Conexão e continência no Processo Administrativo – ARRUDA ALVIM	228
Panorama acerca da nova Lei de Mediação e os seus reflexos na Administração Pública	

PASSADO, PRESENTE E FUTURO: ENSAIO SOBRE A HISTÓRIA DO CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

EDUARDO JORDÃO

1. Introdução. 2. O passado (período até 1988): o progressivo avanço do controle judicial: 2.1 A importância da compreensão microscópica do ato administrativo – 2.2 Reflexões sobre o “passado” do controle judicial da Administração no Brasil. 3. O presente (1988 até os dias atuais): a convivência de dois mundos: 3.1 A proliferação das justificativas para a atuação administrativa – 3.2 A proliferação dos limites para a atuação administrativa – 3.3 Reflexões sobre o “presente” do controle judicial da Administração no Brasil. 4. O futuro (a partir dos dias atuais): o pragmatismo e o provável recuo judicial: 4.1 A atenção aos custos do controle da Administração Pública – 4.2 Os eventuais problemas do controle judicial da Administração Pública – 4.3 As consequências da virada pragmática para o controle judicial da Administração Pública.

1. Introdução

Um dos maiores administrativistas brasileiros de todos os tempos, Hely Lopes Meirelles distinguia-se de seus pares por três características principais.¹ Em primeiro lugar, conjugava e dominava como ninguém a teoria e a prática do direito administrativo, tendo-as vivenciado no exercício de diferentes funções ao longo da sua vida profissional: como professor, juiz, advogado e membro da Administração Pública. Em segundo lugar, detinha uma invejável capacidade de síntese e senso de didática, o que talvez explique a razão de, quase três décadas depois de sua morte, seu manual de direito administrativo seguir sendo um dos mais populares entre os jovens estudantes de graduação. Em terceiro lugar, e enfim, como aponta meu colega José Vicente Mendonça em outro artigo desta coletânea,² foi um verdadeiro visionário desse ramo do Direito, identificando suas tendências e apontando novos caminhos, tal como fez ao prolatar decisões paradigmáticas como juiz ou desbravando sub-ramos até então desertos, como o direito municipal.

Pareceu-me uma boa ideia ter em mente estas três características do Mestre para a produção da minha contribuição para a coletânea em sua homenagem. Buscando unir considerações da teoria e da prática, farei neste breve ensaio um esforço de sintetização da história do controle judicial da Administração Pública no Brasil, apontando, ao final, aquelas que me parecem as tendências para as próximas décadas para esta área do direito administrativo.

1. Para um relato sobre a vida de Hely Lopes Meirelles recomenda-se a leitura de Eurico Andrade Azevedo, “Retrato de Hely Lopes Meirelles”, *RDA* 204/121-134, abril-junho/1996, Rio de Janeiro.

2. José Vicente Santos de Mendonça, “Direito Administrativo e inovação: limites e possibilidades”, nesta mesma coletânea.

Por razões didáticas, optei por divisar três momentos históricos distintos, que rotulo como passado, presente e futuro do controle judicial da Administração Pública no Brasil. Há, naturalmente, alguma arbitrariedade e subjetividade nos marcos temporais que escolhi, assim como nos traços que identifiquei como relevantes para caracterizar cada um destes períodos e diferenciá-los dos demais. Isto, no entanto, é esperado num estudo ensaístico deste tipo, cujos méritos eventuais não estarão no relato fidedigno e objetivo da realidade de cada um destes períodos, mas na utilidade extraída das revelações produzidas por estas escolhas subjetivas. Caberá ao leitor julgar.

O primeiro período reportado abaixo, “passado”, abrange os desenvolvimentos ocorridos entre o início do século passado e a promulgação da Constituição/1988. Trata-se de uma fase de progressiva dilatação da amplitude do controle judicial, que atinge gradativamente cada um dos elementos do ato administrativo, numa emulação de avanços realizados alguns anos antes no Direito Francês. Na doutrina é perceptível o otimismo relativamente generalizado com esta ampliação do controle, que se entende reforçar a proteção dos cidadãos contra os abusos (frequentes) das autoridades administrativas.

A promulgação de uma Constituição ambiciosa, prolixa e fortemente principiológica termina por produzir o fenômeno da *constitucionalização do direito administrativo*, que vai marcar sensivelmente o segundo período do meu relato histórico, que rotulo de “presente”. Aqui, não me pareceu adequado focar na continuação do avanço do controle judicial. É certo que a utilização crescente de princípios constitucionais pelos tribunais lhes dá as ferramentas de que necessitavam para intervir ainda mais nas decisões das autoridades administrativas. Mas o fato é que estes mesmos princípios também são utilizados pelas próprias autoridades administrativas para justificar seus atos e escapar do controle. Eis por que o que parece ser de fato marcante neste segundo período não é o avanço ou o recuo do controle judicial, mas as incertezas flagrantes deste contexto – e as consequências institucionais que elas geram.

O terceiro período reportado abaixo – o “futuro” do controle judicial da Administração Pública no Brasil – deverá ter como traço marcante uma reação aos idealismos exacerbados que se verificam no presente. As primeiras manifestações doutrinárias neste sentido já podem ser identificadas, mas elas deverão ganhar ainda maior relevância e volume. A tendência é que se dê uma virada pragmática em todo o direito administrativo, com consequências importantes também para o âmbito do controle judicial. Na doutrina isso implicaria foco maior em estudos empíricos e em análises multidisciplinares. Na prática jurisprudencial a consequência esperada é um maior ceticismo quanto à capacidade dos tribunais (e dos juristas) de solucionar boa parte dos problemas sociais.

2. O passado (período até 1988): o progressivo avanço do controle judicial

Um primeiro período histórico de que cuida este ensaio é aqui rotulado genericamente de “passado”. Ele compreende desde as primeiras décadas do século XX até a promulgação da Constituição da República/1988. Em síntese da exposição que se fará a seguir, este período é marcado por um controle judicial cada vez mais amplo e cada vez mais intenso. Há, nas palavras do título deste item, um *progressivo avanço* do controle realizado pelos tribunais sobre a Administração Pública.

2.1 A importância da compreensão microscópica do ato administrativo

A discussão do controle judicial da Administração Pública no Direito Brasileiro segue tradicionalmente uma lógica microscópica, de análise dos elementos do ato administrativo. Assim, para examinar o que pode ou não ser controlado, o mais comum é que o estudioso ou operador do Direito parta de cada um dos elementos do ato, para cogitar do controle incidente sobre cada um deles. Faz-se, por assim dizer, uma “anatomia” do ato, examinando microscopicamente cada um dos seus elementos. Isso serve a uma análise “patológica” posterior: examinar os defeitos que levariam ao controle.

Esta não é uma opção universal. O tratamento microscópico do controle judicial, com base nos elementos do ato administrativo, é algo desconhecido nos direitos administrativos de Países de *Common Law*.³ O fato, no entanto, é que nos Países de tradição de direito administrativo (como Brasil e França) esta compreensão microscópica do ato administrativo favoreceu o avanço progressivo que aqui se reportará. Foi justamente a ideia de elementos do ato administrativo que possibilitou que o avanço dos tribunais sobre a Administração Pública se desse de forma gradual e paulatina. Esta circunstância naturalmente reduz a força da resistência que foi oferecida institucionalmente pela Administração Pública. Cada passo específico em direção a maior controle podia parecer individualmente não tão significativo. Mas a análise histórica demonstra sua relevância.

Neste primeiro período é particularmente significativa a influência do Direito Francês, cujos avanços em direção ao maior controle da Administração Pública eram mimetizados no Direito Brasileiro com algumas décadas de atraso.

2.1.1 Os avanços do Direito Francês

Os primeiros avanços registrados no Direito Francês sobre o controle de atos administrativos discricionários se dão ainda no final do século XIX. Desde sempre o Conselho de Estado daquele País já admitia o controle dos elementos da *competência* e da *forma*, mesmo quando se tratasse de atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária. Em 1875, no entanto, esta instância suprema da jurisdição administrativa francesa cria a ideia de desvio de poder (*détournement de pouvoir*), que lhe permitiu estender seu controle para além da violação direta de lei, incorporando também a violação do elemento da *finalidade* do ato administrativo.⁴

A partir de 1914 o Conselho de Estado francês passou a admitir também o controle do *motivo*. No caso “Gomel”, permitiu que o juiz administrativo examinasse a chamada qualificação jurídica dos fatos. Se a lei estabelecia que um vínculo paisagístico deveria ser atribuído a uma praça que tivesse “perspectiva monumental”, esta avaliação sobre

3. O direito administrativo americano, o inglês e o canadense, por exemplo, nem conhecem a ideia de ato administrativo e de seus elementos. A forma de controle que se dá sobre as decisões administrativas é, por isso mesmo, independente de considerações deste tipo. Envolve, ao invés disso, algumas considerações institucionais mais pronunciadas, relativas à substância da decisão. Estas considerações institucionais não estão totalmente ausentes do raciocínio jurídico dos Países de tradição de direito administrativo (como o Brasil, a França e a Itália), mas ele está cristalizado na própria criação dos conceitos formalistas de vínculo e discricionariedade.

4. *Conseil d'État*, 26.11.1875, “Pariset”.

se uma determinada praça constituía, ou não, uma perspectiva monumental não caberia exclusivamente à Administração Pública – também o juiz poderia fazê-la e anular um ato administrativo se não concordasse com a avaliação feita pela Administração.⁵ Em 1916, no caso “Camino”, o Conselho de Estado admite, então, o controle de uma segunda perspectiva do motivo dos atos administrativos, que é a exatidão material dos fatos anunciados como fundamentais para a adoção de um ato. Se a Administração toma um ato com base em um estado de coisas “x”, o juiz poderia controlar a efetiva existência deste estado de coisas.⁶

Em 1961 o Conselho de Estado foi adiante e criou a ideia de erro manifesto de apreciação, para permitir um controle mínimo, limitado, sobre as escolhas discricionárias da Administração.⁷ Este passo é muito importante, por se relacionar com o controle até mesmo do objeto do ato administrativo – último elemento que ainda permanecia livre da intervenção do juiz. A mensagem do supremo tribunal administrativo francês neste momento é a de que, embora houvesse alguma liberdade de escolha e decisão para a Administração Pública, no caso em que esta apreciação seja realizada em erro manifesto caberá a intervenção judicial.

Além disso, na década de 1970 o Conselho de Estado francês passa a aceitar, ainda – e também para aumentar o controle –, a ideia de controle de proporcionalidade e a análise de custos e benefícios de uma decisão administrativa.⁸ Trata-se de um avanço adicional sobre o objeto do ato administrativo. Ainda que uma decisão específica seja discricionária, ela terá que passar não só pelo controle de não ser manifestamente errada, mas também de não ser desproporcional, nem de seus custos superarem suas vantagens. Para fechar o cerco à Administração Pública e ampliar o controle, o Conselho de Estado fez uso, ainda, e finalmente, dos chamados “princípios gerais do Direito”, permitindo o controle sobre atos da Administração Pública mesmo na ausência de lei específica.

A este ponto já é possível notar quão revolucionária foi a atuação do Conselho de Estado ao longo do tempo: criou conceitos que permitiram o avanço do controle sobre todos os elementos do ato administrativo, mas também criou normas implícitas com base nas quais aplicaria o controle. Por qualquer ângulo de análise, o Conselho de Estado deu passos muito firmes para fechar o cerco contra a Administração e ampliar sua zona de influência. Conhecer esta história francesa é relevante porque ela influenciou drasticamente nosso modelo de controle judicial: os passos tomados autonomamente pelo Conselho de Estado francês nos chegaram alguns anos ou décadas depois.

2.1.2 O reflexo no Direito Brasileiro

Tome-se por exemplo a ideia de “desvio de poder”, criada pela jurisprudência francesa em 1875. Ela foi adotada no Brasil pela primeira vez em 1941, num julgamento do TJRN.⁹ O Relator do acórdão foi Miguel Seabra Fagundes, jurista que admitiu sua inspiração francesa no seu livro mais conhecido.¹⁰ O livro em si, importante marco de doutrina do controle

5. *Conseil d'État*, 4.4.1914, “Gomel”.

6. *Conseil d'État*, 14.1.1916, “Camino”.

7. *Conseil d'État*, 15.2.1961, “Lagrange”.

8. *Conseil d'État*, 28.5.1971, “Ville Nouvelle-Est”.

9. TJRN, acórdão de 28.7.1948, *RF* 121/209-219.

10. Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, pp. 89-90.

judicial no Brasil, é uma evidência da influência francesa que aqui se reporta. Citações de autores e de casos de tribunais administrativos daquele País são onipresentes.

O STF seguia a mesma linha. Em dois julgamentos em 1944 importou para o País as ideias de “qualificação jurídica dos fatos” e de “exatidão material dos fatos”, que haviam sido criadas pelo Conselho de Estado para permitir o controle de aspectos relativos ao motivo do ato administrativo. Num caso em que admitiu examinar os fatos que teriam levado à demissão de um servidor público, o STF deixou claro que esta análise já era feita pelo Conselho de Estado havia 30 anos.¹¹

Pelo menos duas outras construções francesas foram incorporadas no direito administrativo de modo relativamente menos consistente: (i) a doutrina do “erro manifesto de apreciação”, que permite um controle superficial sobre o núcleo de decisões discricionárias; (ii) e o controle baseado nos “princípios gerais do Direito”, que passaram a ser ainda mais relevantes a partir da Constituição/1988, tal como será exposto mais adiante.

A deferência brasileira às construções jurídicas francesas até chegou a criar anedotas curiosas. A compreensão que Gaston Jèze tinha da jurisprudência francesa foi importada por tribunais brasileiros, dando lugar à chamada “teoria dos motivos determinantes”, segundo a qual as razões que a Administração Pública enuncia para suas decisões terminam por vincular suas ações futuras.¹² A parte curiosa é que esta doutrina segue válida no Brasil, mas não expressa mais adequadamente o estado atual do Direito Francês. Na França os tribunais administrativos admitem que a Administração Pública substitua, perante o juiz, a razão que deu para uma decisão no momento de sua prolação (*théorie de substitution des motifs*).¹³

2.2 Reflexões sobre o “passado” do controle judicial da Administração no Brasil

Do relato acima se extraem algumas das principais características do passado do controle judicial da Administração Pública no Brasil. Em primeiro lugar, há uma progressão clara e unidirecional para um sempre maior controle da Administração Pública. Não é que estes movimentos se tenham dado sem resistência¹⁴ – mas a resistência sempre vinha a ser derrotada. Não há qualquer refluxo neste período, com movimentos de retração judicial ou com a construção de teorias que a suportem. Ao contrário, há inclusão de novos elementos sob controle, criação de conceitos e doutrinas que servem de fundamento para a intervenção judicial e mesmo uma cultura geral que favorece a limitação da liberdade administrativa, como forma de evitar abusos.

Em segundo lugar, percebe-se a importância clara da ideia de elementos do ato administrativo para se permitir o avanço do controle. Esta circunstância permitiu que o avanço significativo do controle judicial se desse de forma gradual e paulatina. Naturalmente, isso termina por gerar menos resistência contra os avanços do que se verificaria se os passos fossem menos numerosos.

Em terceiro lugar, há também uma forte influência do Direito Francês, cujos avanços nominaram mimetizados por aqui algumas décadas depois. Os próprios julgamentos do STF que realizaram cada um dos avanços deixam clara a importância do exemplo francês. A jurisprudência do Conselho de Estado é claramente dominante em relação às demais influências que o Direito Brasileiro poderia sofrer. É de lá que saem as novidades mais significativas.

Um quarto e último aspecto relevante ainda não foi retratado acima, mas merece alguma atenção. Talvez também por influência do Direito Francês, o tipo de doutrina preponderante durante este período era teórico, dogmático e legalista. Estudos empíricos eram praticamente inexistentes. Esta circunstância impedia que se pudesse verificar na prática, por exemplo, a própria aderência concreta dos tribunais às teorias que se criavam.

No mais, neste contexto teórico, o avanço do controle judicial é considerado quase que indiscutivelmente positivo, na medida em que se revela um instrumento de proteção de direitos. Esta circunstância torna-se particularmente relevante a partir da instauração do regime militar, em que os abusos administrativos se multiplicam e inibem qualquer discurso pela retração da intervenção judicial. Há, em síntese, um verdadeiro *otimismo* em relação ao avanço do controle exercidos pelos tribunais sobre a ação da Administração Pública.

3. O presente (1988 até os dias atuais): a convivência de dois mundos

O que aqui designo como “presente” é um período que se inicia com a promulgação da Constituição/1988 e vai até os dias atuais. Para os objetivos do ensaio este período é marcado pela chamada “constitucionalização do direito administrativo”. A simples ideia de que os diversos dispositivos constitucionais devem, também eles, reger a ação administrativa não é, em si, exatamente revolucionária.¹⁵ Num contexto de uma Constituição ambiciosa, prolixa e principiológica como a de 1988, no entanto, ela terminou por gerar um impacto significativo no controle judicial da Administração Pública. Em especial porque a ideia de constitucionalização do direito administrativo permite o avanço final sobre a última fronteira do controle judicial, relativa ao próprio *objeto* do ato administrativo. Ela produz uma redução do espaço de liberdade da Administração (redução do mérito), na medida em que afasta algumas soluções abstratamente permitidas pelo enunciado normativo mas colidentes com determinados princípios constitucionais.

A despeito disso, contudo, não é adequado traduzir de forma unidirecional – como adicional *avanço* ou como simples *retração* do controle judicial da Administração Pública – as consequências para o controle judicial deste movimento constitucionalização do direito administrativo. A rigor, este movimento tanto (i) gera mais justificativa (e, assim, mais liberdade) para a atuação administrativa como também (ii) lhe impõe mais limites. Assim, a consequência realmente definitiva e relevante é a de que se produz um significativo comprometimento da previsibilidade e da segurança jurídica. É esta a marca do segundo período; é dela que, ao que me parece, sairá o germe para a reação futura.

15. Ainda que grandes administrativistas apontem que isso teria contribuído fortemente para a alteração da própria ideia do fundamento da atuação administrativa, do princípio da legalidade para o “princípio da juridicidade”. Sobre o tema, v.: Alexandre Santos de Aragão, “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”, *RDA* 236/51-64, abril-junho/2004; e Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 125-194.

11. STF, Francisco de Assis Brasil *versus* União Federal, EACi 7.307, rel. Min. Castro Nunes, j. 20.12.1944.

12. José Vicente Santos de Mendonça, “Conceitos inventados de direito administrativo”, *Revista Brasileira de Direito Público* 53, Ano 14, Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2016.

13. CE Sect. 6.2.2004, “Hallal”, *requête* 240560, Rec. p. 48, concl. de Silva.

14. V., por exemplo, os debates no STF no caso “Francisco de Assis Brasil *versus* União Federal” EACi 7.307/1944.

3.1 A proliferação das justificativas para a atuação administrativa

A proliferação das justificativas para a atuação administrativa que é gerada pela constitucionalização do direito administrativo pode ser ilustrada com a abertura de possibilidade de atuação administrativa *praeter legem* e *contra legem*.

A atuação *praeter legem* é aquela que se dá à margem da lei, ao lado daquilo que ela prevê e sem supedâneo explícito nela. Não se trata de uma atuação que contraria a lei, mas tampouco se trata de uma atuação que se baseia nos seus termos. O fundamento da atuação, no caso, é retirado diretamente de outras fontes normativas, e em especial de normas constitucionais. Um exemplo: a Lei 8.036/1990 foi alterada em 2001 para permitir que a Caixa Econômica Federal/CEF (entidade da Administração Pública indireta) autorizasse a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS em novas hipóteses fáticas antes não previstas. Em particular, autorizou-se esta movimentação “quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV”. A alteração legislativa foi bastante específica e fazia referência a apenas uma doença. A jurisprudência que domina a maior parte dos tribunais brasileiros, no entanto, é a de que o rol de doenças não é taxativo e que a atuação *praeter legem* da CEF em casos de outras doenças, como hepatite crônica e lúpus, é juridicamente válida, em função da incidência do direito constitucional à saúde. Note-se que aqui se trata de entender que a Administração pode (e deve) atuar na ausência de previsão legislativa específica, mas por imposição direta de um dispositivo constitucional.

A atuação *contra legem*, esta, sim, é aquela que se dá em direta contradição com os termos de uma lei específica. Em diversas situações têm os tribunais relativizado os comandos explícitos de algum dispositivo legislativo, por entendê-los contrários a dispositivos constitucionais. Aqui também seria a Administração Pública obtendo o fundamento normativo de sua atuação diretamente da Constituição. Em alguns casos esta circunstância é relativamente pouco problemática. Tome-se o exemplo de lei que autorizar a desapropriação por utilidade pública mediante pagamento *a posteriori* de indenização em títulos da Dívida PÚBLICA. Trata-se, aqui, de dispositivo normativo que violaria *direta e explicitamente* o art. 5º, XXIV, da CF – e que poderia, assim, ser desconsiderado. É mais problemático quando a suposta contraditoriedade entre o dispositivo legislativo e a Constituição depender de uma interpretação específica de um princípio constitucional. Ainda assim, atuações *contra legem* deste tipo têm merecido a acolhida dos órgãos de controle. Num caso, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais considerou que uma compra no valor de R\$ 8.415,00 poderia ser feita com dispensa de licitação, apesar de a Lei de Licitações estabelecer o limite de dispensa para compras em R\$ 8.000,00 (art. 24, I).¹⁶ A Corte Estadual de Contas entendeu que incidiam nos casos os princípios constitucionais da insignificância e da razoabilidade, afastando os termos explícitos da Lei de Licitações.

Em ambos os casos a incidência de normas constitucionais oferece justificativas para a manutenção de atos administrativos que de outro modo poderiam ser anulados. Ela constitui fundamento para que a Administração Pública escape da intervenção judicial. Assim, a constitucionalização do direito administrativo funciona, nestes exemplos, como mecanismo de redução do controle judicial. Mas este não é sempre o caso.

3.2 A proliferação dos limites para a atuação administrativa

Ao tempo em que alarga significativamente o leque de justificativas para a atuação da Administração Pública (assim lhe permitindo escapar da intervenção dos controladores), o novo princípio da juridicidade também produz o efeito contrário. É que ele também amplia na mesma medida o espectro de fundamentos para o controle da Administração. E assim abre espaço para que as diferentes decisões tomadas pelas autoridades administrativas sejam objeto de contestação judicial.

Os exemplos abundam. Via de regra, o juiz fará referência a um princípio constitucional qualquer e dele extrairá uma consequência concreta e específica contrária à ação do administrador público. Uma decisão liminar recente (e paradigmática) pode ser citada para ilustrar esta realidade. A Agência Nacional de Aviação Civil/ANAC havia publicado uma resolução que liberava a cobrança, pelas companhias aéreas, de bagagens despachadas. De acordo com a fundamentação da Agência, esta medida regulatória seria justa e eficiente, na medida em que, num contexto de proibição de cobrança, os custos do serviço são divididos igualmente entre todos os passageiros – e oneram aqueles passageiros que não o utilizam. Além disso, a ANAC afirmou que a medida permitiria o ingresso no mercado brasileiro de companhias de baixo custo cujo modelo de negócios envolve a cobrança de altos valores por este serviço opcional. Finalmente, ressaltou que a cobrança por bagagens despachadas só seria proibida em quatro Países: México, Venezuela, China e Rússia. A despeito destes argumentos, a resolução foi afastada liminarmente por um Juiz Federal de São Paulo. Na sua decisão o Juiz se limita a afirmar que a resolução seria juridicamente inválida porque “o Estado tem o dever de promover a defesa dos direitos e dos interesses dos consumidores”. Extrai-se de um princípio abstrato uma conclusão concreta: porque o Direito Brasileiro exige a proteção ao consumidor, então, ele não permite que se cobre por bagagens despachadas.¹⁷

Raciocínios semelhantes são frequentes no contexto da constitucionalização do direito administrativo. Princípios de baixa densidade normativa, como o da dignidade da pessoa humana, têm sido usados para a anulação das mais diversas decisões administrativas. A constitucionalização do direito administrativo consiste, nestes casos, num mecanismo de ampliação da intervenção judicial – e, a rigor, de transferência de poder das autoridades administrativas para o Poder Judiciário.

3.3 Reflexões sobre o “presente” do controle judicial da Administração no Brasil

De acordo com o relato acima, o período aqui rotulado como “presente”, ao contrário do período anterior, não é marcado por uma direção clara, de avanço ou retração do controle judicial da Administração Pública. Ao contrário, sua marca é a altíssima incerteza jurídica. Agentes administrativos e tribunais atuam num ambiente bastante fluido, em que o resultado concreto de uma ação judicial é imprevisível. No limite, é mesmo possível que o responsável pela contestação judicial da ação administrativa se valha de um princípio abstrato para fundamentar sua objeção mas que o próprio administrador faça uso do mesmo princípio

17. Sobre o tema, v. o meu “Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?”, *Jota/Supra* 24.3.2017 (disponível em <https://jota.info/columns/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>, acesso em 19.6.2017).

(interpretado diferentemente) ou de outro para defender a licitude da sua ação específica. Algumas consequências são naturalmente esperadas (e já facilmente verificadas) por força deste estado de coisas.

Em primeiro lugar, se não é possível dizer que o *controle*, em si, é ampliado neste período (já que o resultado das ações judiciais é dificilmente previsível), é, no entanto, possível afirmar que se amplia a *litigância administrativa*, com os diversos atores institucionais buscando obter do Poder Judiciário os mais distintos provimentos a que creem ter direito por força do princípio “x” ou “y”. Num cenário de incertezas sobre as fronteiras do controle judicial, os interessados são *convidados* a testar os limites de suas armas. Quem tenha um interesse contrariado pela Administração é estimulado a “tentar a sorte” judicialmente. Um exemplo bastante ilustrativo desta realidade é a chamada “judicialização da saúde”: cidadãos correndo ao Poder Judiciário, munidos de regras bastante abstratas, para exigir que ele determine à Administração Pública o fornecimento de determinado medicamento ou o custeio de determinado tratamento.¹⁸

Uma segunda consequência deste estado de coisas incerto é a ampliação da importância do jurista. Num contexto de incerteza, o jurista é entendido como uma espécie de oráculo, que estaria apto a desvendar e revelar a *específica* solução jurídica para um caso concreto. Só ele, com sua formação e cultura jurídica, poderia decifrar as consequências específicas determinadas por um princípio constitucional. Não é de se espantar, assim, que a “constitucionalização do direito administrativo” tenha recebido calorosa acolhida da doutrina administrativista – ela a empodera.

O discurso subjacente, e justificador, é o de que a manipulação de princípios constitucionais amplia a flexibilidade do Direito e, assim, permite a produção de soluções mais justas para os casos concretos. Mas ele ignora os custos desta busca pela solução ótima, além do risco de arbítrio decorrente desta flexibilidade. É neste sentido que se pode afirmar que predomina também neste segundo período uma visão pouco pragmática e bastante idealizada do controle judicial da Administração Pública. A razão aqui é diferente da idealização do primeiro período. Ali existia uma compreensão de que quanto mais controle, melhor – e todos os movimentos relevantes da jurisprudência eram no sentido de ampliação da intervenção judicial. Aqui a ideia parece ser a de que a flexibilidade normativa é que é positiva. A ampliação da litigância é mera decorrência disso.

No mais, e enfim, este período aqui denominado “presente” marca o início da queda da supremacia do Direito Francês como maior fonte de influência para o direito administrativo brasileiro. No relato que se fez acima parecem mais relevantes os influxos do Direito Italiano e do Direito Alemão. No primeiro caso são importadas as ideias de constitucionalização do Direito (que lá como aqui se iniciou no campo do direito civil) e de uso do princípio da razoabilidade (*ragionevolezza*). No segundo caso, pela ideia de princípio da proporcionalidade, ainda que aqui ele tenha sido aplicado de forma muito menos rigorosa pelos tribunais.

18. Sobre o tema, v. o meu “Menos é mais: o Supremo, o Judiciário e os medicamentos”, *Jota/Supra* 30.9.2016 (disponível em <https://jota.info/colunas/supra/menos-e-mais-o-supremo-o-judiciario-e-os-medicamentos-30092016>, acesso em 19.6.2017).

4. O futuro (a partir dos dias atuais): o pragmatismo e o provável recuo judicial

Os traços marcantes do futuro do controle judicial no Brasil já começaram a ser esboçados no período atual, em especial a partir dos anos 2000. Eles revelam uma reação às exacerbações dos períodos passados e uma possível reorientação do direito administrativo em direção a um viés mais pragmático. Na doutrina um dos primeiros marcos desta reação surgiu com a publicação do livro *Teoria dos Princípios*, de Humberto Ávila.¹⁹ O Professor gaúcho revelava uma preocupação com a manipulação pouco rigorosa dos princípios e sugeria uma série de critérios para organizar sua interpretação e sua aplicação. O ceticismo e o pragmatismo ali presentes ecoaram em diversas produções posteriores – notadamente no *Direito Administrativo para Céticos*, de Carlos Ari Sundfeld.²⁰ Mais recentemente, alguns trabalhos enfrentam diretamente esta mudança de paradigma, propugnando por um direito administrativo voltado “à resolução de problemas”.²¹

Que consequências podem ser esperadas de uma orientação mais pragmática do direito administrativo para o controle judicial da Administração Pública? Fundamentalmente, esta orientação deverá gerar uma visão menos idealizada dos juízes e demais controladores. Ainda vige no Direito Brasileiro uma compreensão de que todas as suas intervenções se fazem “para melhor”: o controlador atuaria para *revisar* as decisões da Administração Pública e *corrigir* seus problemas. Esta visão menos idealizada tenderá a revelar e destacar os *custos* e os *eventuais problemas* da intervenção do controlador.

4.1 A atenção aos custos do controle da Administração Pública

Na dimensão mais evidente, o controle, em si, depende do dispêndio de valores públicos relevantes, para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e seu tempo. Mas os custos do controle da Administração vão além disso. Incluem, ainda, os ônus gerados ou induzidos pelo controle.

Em primeiro lugar, há os valores incorridos pela Administração Pública para adequar suas ações às determinações do controlador. Pense-se nos exemplos de liminares que ordenem o fornecimento de medicamentos específicos ou que determinem melhorias em estabelecimentos públicos. Nesta hipótese o principal problema é que frequentemente estas imposições se farão sem que o controlador tenha uma visão integral do orçamento público. Esta circunstância é fundamental para a eleição de prioridades a serem atendidas, num mundo (real) em que há escassez de recursos para satisfazer todas as necessidades públicas. No mais, ainda que o controlador tivesse esta visão do todo, não é claro que deva caber a ele, controlador, esta eleição de prioridades para uma alocação ótima dos recursos públicos.

Em segundo lugar, há os custos sociais decorrentes da postura cautelosa adotada pelo administrador, para se precaver de eventuais contestações. Não é incomum o argumento

19. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2016. A 1ª ed. é de 2003.

20. Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014 (2ª tir., 2017). A 1ª ed. é de 2012.

21. Leonardo Coelho Ribeiro, *O Direito Administrativo como “Caixa de Ferramentas”: uma Nova Abordagem da Ação Pública*, São Paulo, Malheiros Editores, 2017.

de que exigências excessivas dos controladores frequentemente desestimulam a ação pública. Nos Estados Unidos a doutrina denuncia a ossificação administrativa resultante das severas condições impostas pelos controladores (em fenômeno ali denominado *analysis paralysis*).²² No Brasil já é frequente a afirmação de um administrador “assombrado pelo controlador” ou da consagração de um “direito administrativo do inimigo”, a prejudicar que o administrador público ouse adotar soluções menos ortodoxas mas claramente conducentes à realização do interesse público.²³

Em terceiro lugar, e enfim, há os ônus públicos decorrentes das opções determinadas pelo controlador, muitas vezes em substituição àquelas do administrador. Em especial no caso do controle realizado sobre decisões técnicas, como a das autoridades reguladoras, os riscos econômicos de uma intervenção desinformada são significativos. Alguns Países registram casos de crises energéticas geradas por intervenções indevidas de tribunais na área de atuação dos reguladores.

Da atenção ao elemento dos custos na atividade de controle judicial da Administração resultam duas consequências fundamentais.

A primeira é a de que, de uma perspectiva econômica, o Direito não pode e não deve colocar como meta a eliminação de toda hipótese de abuso de poder. Este objetivo não é apenas faticamente irrealizável. Ele é inconveniente mesmo a partir de uma perspectiva teórica, voltada para a maximização do bem-estar social. A partir de certo patamar, a busca adicional de eliminação do abuso de poder é injustificável num cálculo de custos e benefícios. Dito claramente, o nível ótimo de abuso de poder numa sociedade será sempre maior do que zero e o desenho de diversas instituições parte implicitamente deste pressuposto.²⁴

A segunda é a de que se torna necessário discutir em quais circunstâncias, de fato, o controle da Administração Pública será socialmente positivo.

22. A expressão foi primeiramente utilizada em Thomas O. McGarity, “Some thoughts on ‘deossifying’ the rulemaking process”, 1992 *Duke L. J.* 1.385. Um dos mais vigorosos defensores desta ideia é Richard Pierce Jr. V. os seus: “Seven ways to deossify agency rulemaking”, 47 *Admin. L. Rev.* 59 (1995); “Two problems in administrative law: political polarity on the District of Columbia circuit and judicial deterrence of agency rulemaking”, 1988 *Duke L. J.* 300 (1988); “The unintended effects of judicial review of agency rules: how Federal Courts have contributed to the electricity crisis of the 1990s”, 43 *Admin. L. Rev.* 7 (1991). Além dos estudos de Pierce, v., por exemplo: Stephen Breyer, *Breaking the Vicious Circle toward Effective Risk Regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1993; Jerry L. Mashaw e David Harfst, *The Struggle for Autosafety*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, pp. 224-255; Thomas O. McGarity, “The courts and the ossification of rulemaking: a response to professor Seidenfeld”, 75 *Tex. L. Rev.* 525 (1997); James Skelly Wright, “Courts and the rulemaking process: the limits of judicial review”, 59 *Cornell L. Rev.* 375 (1973-1974).

23. Sobre a questão, cf. artigo de Carlos Ari Sundfeld, *Chega de Axé no Direito Administrativo*, no qual coloca que: “O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar” (disponível em http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=100). Cf. também, de Fernando Vernalha Guimarães, *O Direito Administrativo do Medo: a Crise da Ineficiência pelo Controle* (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crie-da-ineficiencia-pelo-controle>, acesso em 16.5.2017).

24. Adrian Vermeule, “Optimal abuse of power”, 109 *NW. U. L. REV.* 673, 693 (2015).

4.2 Os eventuais problemas do controle judicial da Administração Pública

Isto porque em muitas circunstâncias poderá ser socialmente positivo afastar (ou limitar) o controle judicial da Administração Pública.

Em primeiro lugar, porque, assim como os controladores podem corrigir erros, eles também podem desfazer acertos. O controlador não é infalível. Enxergar apenas as possíveis consequências positivas da sua intervenção é adotar concepção idealizada e irrealista da sua atuação. É natural que esta visão seja popular no Direito, já que transfere poder para seus profissionais. Mas isto não significa que a solução que ela propõe seja socialmente desejável.

Em segundo lugar, porque, se a intensificação do controle reduz a possibilidade de abusos de poder perpetrados pelo administrador público, por outro lado, ela aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador. E, assim como não há razão para crer que apenas o administrador público erra, tampouco há razão para crer que ele possui o monopólio do abuso de poder.

Finalmente, num cenário em que as determinações jurídicas são cada vez mais inexatas e abertas à interpretação, é irreal supor que há respostas corretas para cada questão que é levada ao controlador. Há espaço de liberdade em grande parte das decisões tomadas pelo administrador público. E, se é assim, há um risco de que o controle veicule não a correção de decisões tomadas pela entidade controlada, mas mera substituição de suas escolhas pelas do controlador.

4.3 As consequências da virada pragmática para o controle judicial da Administração Pública

Uma eventual virada pragmática do direito administrativo, se de fato ela vier a se realizar, terá sido influenciada principalmente pela doutrina administrativista dos Países de *Common Law*, anteriormente tão negligenciada.²⁵ Ela poderia gerar duas consequências muito relevantes, uma na prática jurisprudencial e outra na teoria (ou doutrina) do controle judicial da Administração Pública no Brasil.

Na prática do controle judicial, a principal consequência esperada seria a adoção frequente pelos tribunais de alguma espécie de análise institucional comparativa para orientar sua intervenção. Afinal, uma discussão realista sobre controle da Administração Pública precisa admitir que (i) alguém deve poder “errar por último” e que (ii) é preciso decidir sobre quem deve decidir. Se não há critérios claros para saber qual é a resposta certa, por que a resposta do controlador deveria ser automaticamente superior à do administrador? Ao invés desta superioridade a priori do controlador, seria recomendável promover uma comparação de capacitações das instituições envolvidas (a autoridade administrativa controlada e a entidade de controle), para modular a intensidade do controle a ser aplicável nos casos concretos. A intensidade será tanto maior quanto mais bem posicionado estiver o controlador para solucionar a questão específica que lhe foi trazida. Em alguns casos será natural que o controlador se limite a verificar a razoabilidade da decisão sob sua análise.

25. Sobre o tema, v. o meu “Globalization and convergence in judicial review: what can we learn from the case of Brazil?”, preparado para uma coletânea em homenagem ao Professor Emérito da *École de Droit de la Sorbonne*, Gérard Marcou, a ser publicada na França neste ano de 2017.

A análise institucional comparativa já é a regra em diversas jurisdições e vem ganhando a atenção também da nossa doutrina. Estes esforços iniciais, no entanto, não podem esconder a necessidade de avançar no debate a propósito dos limites deste enfoque, bem como nas dificuldades de sua operacionalidade concreta.²⁶ Além disso, trata-se de enfoque que ainda não tem acolhida entre os controladores – eles que, ao final, terão que tomar este passo de autorrestrrição.

Quanto à teoria do controle judicial, a transformação pragmática do direito administrativo deverá impor um abandono do enfoque teórico-dogmático que hoje ainda é prevalecente. Um primeiro passo evolutivo no caso específico do controle operado pelos tribunais poderia ser a acentuação de estudos de análise jurisprudencial. Tratar-se-ia, aqui, de privilegiar a vida concreta e efetiva do direito administrativo, em detrimento do foco em construções teóricas e dissociadas de casos concretos.

Uma segunda possibilidade seria privilegiar enfoques multidisciplinares, envolvendo nos estudos jurídicos também contribuições de áreas conexas, como a Economia, a Ciência Política e a Sociologia. Aproximações multidisciplinares já começam a se destacar no domínio das licitações ou das contratações públicas, mas há espaço para que elas vicejem também na temática do relacionamento institucional entre controladores e controlados.

Terceiro, e enfim, seria possível investir maior atenção nas pesquisas empíricas, que revelarão aspectos concretos do controle da Administração Pública no Direito Brasileiro. Outras jurisdições têm produzido estudos muito interessantes, por exemplo, sobre a instrumentalização dos comandos legislativos por juízes de diferentes ideologias.²⁷ Mas a importação de suas conclusões para o contexto brasileiro é temerária. Precisariamos produzir e aplicar pesquisas dentro de nosso contexto, para extrair informações que nos informariam sobre a nossa realidade, circunstância essencial para pensarmos no passo seguinte de adaptar nosso Direito.

26. Sobre o tema, v. o meu Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa, São Paulo, Malheiros Editores, 2016, Capítulo 1.2.

27. V., por exemplo, William Eskridge, Jr. e Lauren E. Baer, "The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan", 96 *Georgetown Law Journal* 1.083 (2008).

ATOS ADMINISTRATIVOS NEGOCIAIS

EGON BOCKMANN MOREIRA

1. Introdução. 2. O Direito Administrativo do ato unilateral. 3. Os atos administrativos negociais. 4. Os novos atos administrativos negociais: sua expansão. 5. Considerações finais.

1. Introdução

Dentre todos os temas-chave do Direito Administrativo, talvez o que tenha despertado maior atenção é o do ato administrativo. Sem exagero, pode-se dizer que ele é a chave de compreensão para boa parte do relacionamento entre o Estado-Administração e as pessoas privadas.

De usual tratado como manifestação unilateral da Administração Pública (afastando-se, assim, das parcerias, dos contratos e do processo), fato é que o ato administrativo possui desdobramentos e nuances, alguns sutis e nem sempre postos à luz, mas que precisam ser enfatizados. Um deles é a teorização a propósito dos atos administrativos negociais, enfrentada com desenvoltura pelo mestre Hely Lopes Meirelles – tanto em seu *Direito Administrativo Brasileiro* como em específico texto acadêmico.

Este breve artigo pretende tratar desse assunto, por meio do destaque a três aspectos básicos: (i) a racionalidade que a teoria do ato administrativo conferiu ao Direito Administrativo brasileiro; (ii) o que se pode entender por ato administrativo negocial, quais seriam suas peculiaridades e consequências; (iii) o recente alargamento da legislação que trata do conceito, a reforçar características próprias de um Direito Administrativo consensual e concertado.

Tudo isso com o escopo de, com reverência e humildade, demonstrar uma das grandes qualidades de Hely Lopes Meirelles: a sua sensibilidade prospectiva, decorrente da profunda erudição, da simplicidade e fina sintonia com os desafios do Direito Administrativo brasileiro.

2. O Direito Administrativo do ato unilateral

Durante muito tempo, o Direito Administrativo girou em torno do conceito de *ato administrativo*: aquela manifestação unilateral da Administração Pública, produzida *interna corporis*, mas, paradoxalmente, geradora de efeitos *externa corporis*. Esta era a forma originária de a Administração se comunicar juridicamente com as pessoas privadas; de dentro para fora, por meio da transmissão de ordens, informações e orientações.

Final, a palavra *ato* vem do latim *actus*: "o que se faz ou se pode fazer; ação", tornando-se a "decisão, deliberação ou determinação do poder público".¹ A Administração

1. Cf. Laudelino Freire, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro, José Olympio, 1954, p. 859.